

MORKEL

Der Römisch-Rechtliche Begriff der Novatio
und dessen Anwendbarkeit im heuti-
gen geltenden Recht.

1932

DER RÖMISCH-RECHTLICHE BEGRIFF

DER

NOVATIO

UND DESSEN ANWENDBARKEIT

IM HEUTIGEN GEMEINEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

RUDOLF MERKEL
REFERENDAR AM LANDGERICHT STRASSBURG.

STRASSBURG.
KARL J. TRÜBNER.
1892.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Strassburg.

INHALTSANGABE.

Der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" enthält den Namen und, wie es scheint, den Begriff der Novation nicht; in unserem künftigen einheitlichen deutschen Civilrecht würde sonach die Novation kein selbständiges Rechtsinstitut mehr bilden. Wie kam man dazu, diesen Begriff aus dem gemeinen Rechte auszuscheiden? Bietet sich in anderen Instituten hinreichender Ersatz dafür? Der Wegfall der Novation wird von einer Seite als der konsequente Abschluss einer langen Entwicklung gebilligt; er wird von anderer Seite als ungerechtfertigt bezeichnet, indem man behauptet, es entstehe dadurch eine fühlbare Lücke in unserem Rechtssystem. Einleitung.

Wir wollen im Folgenden versuchen, die Novation in ihrer historischen Entwicklung zu verfolgen, den Begriff im justinianischen Recht festzustellen, die theoretische und praktische Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht zu prüfen.

I. Das römische Recht.

A. Allgemeiner Charakter der Novation.

Ehe wir an die Erledigung unserer eigentlichen Aufgabe, an die Begriffsbestimmung gehen, wollen wir das Thatsächliche feststellen, sowie gewisse wesentliche, ausser Streit liegende juristische Punkte, ohne dass wir hier auf eine juristische Konstruktion eingehen. Wir sind hierzu genötigt, um die Basis für unsere Argumentation zu gewinnen, können wir doch eine rechtliche Charakterisierung erst versuchen, wenn wir das Gebilde, welches wir charakterisieren wollen, deutlich vor Augen stehen haben. Was trägt sich für einen solchen Standpunkt bei der Novation zu? Eine bestehende Obligation wird zerstört, und in demselben Moment tritt eine andere an ihre Stelle. Aber das Besondere ist, dass die bestehende *durch* Begründung der neuen aufgehoben wird; es ist also ein Akt, welcher Beides bewirkt: Aufhebung und Begründung. Dadurch

unterscheidet sich die Novation sofort von dem Vorgange, wenn eine Obligation aufgehoben wird und sodann eine andere konstituiert, welche nach der Absicht der Kontrahenten jene ersetzen soll; hier liegen offensichtlich zwei Akte vor. Man könnte freilich versucht sein, bei der Novation auch zwei Akte anzunehmen: 1. Befreiung des Schuldners, 2. Verpflichtung desselben; aber der blosse Wille, ihn zu befreien, hat nach römischem Recht keine civilrechtliche Wirkung, vielmehr bedarf es (s. u.) einer bestimmten Form, und eben diese Form ist es, welche ihn verpflichtet.

Es ist also *ein* Akt, welcher nur zwei verschiedene Funktionen hat, zwei Wirkungen ausübt: er schafft und zerstört, befreit und verpflichtet. Mit der alten Forderung gehen auch ihre Accessionen unter: Die Bürgen werden befreit (c. 4. C. 8. 41), das Pfandrecht erlischt (l. 18 D. h. t.) — jedoch ist eine repetitio pignoris durch einfaches pactum möglich (l. 11. § 1 D. 13, 6) — die Privilegien gehen verloren (l. 29. D. h. t.). Als Voraussetzung der Novation ergeben sich sonach einmal eine bestehende Obligation; eine naturalis obligatio genügt (l. 1. § 1. D. h. t.); immer aber kann nur eine einzelne Forderung noviert werden, nie eine gegenseitige Obligation, so aus einem Kaufvertrag immer nur die beiden Forderungen, nicht das gegenseitige Verhältnis als solches, was von praktischer Erheblichkeit bei der Novation von Schulden aus synallagmatischen Obligationen ist. Sodann Entstehen einer neuen Obligation. Ferner ist erforderlich ein die Novation bewirkender Vertrag; ob auch eine besonders auf die Aufhebung der einen Obligation durch Begründung der anderen gerichtete Absicht der Parteien, der „animus novandi“, werden wir zu untersuchen haben, jedenfalls ist derselbe im justinianischen Recht erfordert.

Der Novationsvertrag ist aber kein beliebiger, etwa formloser Vertrag; blieb den Römern doch bis in die späteste Zeit unser Prinzip der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge fremd; „nudum pactum obligationem non parit“, das war der Grundsatz, welcher ihr Obligationenrecht beherrschte; nur bestimmte, abgegrenzte Typen von Verträgen waren mit Klagen aus-

gestattet, das Kontraktssystem war ein fest abgeschlossenes, und von diesen rechtlich anerkannten Verträgen war nur einer bestimmt und dienlich zur Novation: die Stipulation[1]). Die Quellen sprechen dies vielfach aus: „novari verbis potest" (l. 1. § 1. D. h. t.); „novari potest et transire in verborum obligationem" (l. 2. D. eod.). Die Stipulation besteht in einer solennen Frage und kongruenten Antwort: centum dare spondesne? spondeo; diese Worte, denen das Recht gewissermassen eine besondere Weihe verliehen hat, erzeugen eine Verpflichtung, ohne dass es auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ankommt; die Stipulation ist also ein sog. ‚Formalkontrakt'. Der Schuldner kann in der Stipulationsform und kraft dieser Form ein vom materiellen Rechtsgrund losgelöstes und dadurch zur selbständigen Verbindlichkeit erhobenes Versprechen leisten; der Gläubiger kann vermittelst ihrer seine Forderung — und zwar Forderungen aller Art — bis zu einem gewissen Grad unabhängig machen von ihrer Causa, sie abtrennen von den verwickelten Verhältnissen ihrer Entstehung, sie in eine kurze, präzise, einseitige Formel bringen. Die Stipulation erscheint sonach als eine allgemeine Verpflichtungsform. In dieser ihrer formellen Wirksamkeit, indem sie ein einseitiges abstraktes Forderungsrecht erzeugte — oder jedenfalls erzeugen konnte (wir haben hierüber später zu handeln) — fand die Stipulation begreiflicher Weise einen ausgedehnten Gebrauch, sie war eine allgemeine Form, in welche alle Forderungen eingekleidet werden konnten; sie fand einen ausgedehnten Gebrauch um so mehr, als sie bei der geringen Zahl klagbarer Verträge des römischen Rechts oft dazu dienen musste, einer der Klage entbehrenden Verbindlichkeit zur Klagbarkeit zu verhelfen; und so kann man sagen, dass die Stipulation der regelmässige Kontrakt des römischen Verkehrs war. Welchen Zweck können

[1]) Die bestrittene Frage, ob auch die im justinianischen Recht bereits verschwundene litterarum obligatio eine Novation zu erzeugen vermochte, glaube ich, als für den Begriff der Novation irrelevant, hier übergehen zu dürfen. Denn wenn man sie als geeignet ansieht, so geschieht es eben nur wegen ihres der Stipulation entsprechenden Charakters als sogenannter ‚Formalkontrakt' (vgl. Sohm, Inst. S. 287).

aber die Parteien mit der Novation verfolgen? Gaius unterscheidet drei Kategorien von Fällen: Novation unter denselben Personen, Novation mit Wechsel des Schuldners, mit Wechsel des Gläubigers.

1. Was kann es für einen Sinn für den Gläubiger haben, seine Forderung zu tilgen und an ihrer Stelle eine andere zu begründen? Indem die Stipulation eine streng einseitige Verbindlichkeit schafft, gewährt sie eine sichere Grundlage für den Prozess: dem Richter kann kein Zweifel bleiben über das ‚dare oportere', wenn der Schuldner auf die Frage des Gläubigers: spondesne? geantwortet hatte: spondeo; und ferner: die Stipulation als negotium stricti iuris erzeugte eine actio stricti iuris, eine Klage des strengen Rechts, bei welcher dem Richter kein Spielraum gelassen war für Beachtung der konkreten Umstände, für Geltendmachung von Billigkeitsrücksichten, sondern wo er selbst gebunden war an die Strenge der Formel: oportet? ja oder nein?

Statt einer gewöhnlichen Forderung eine solche mit strenger Klage ausgerüstete Stipulationsforderung zu haben, konnte sehr wohl im Interesse des Gläubigers liegen, es wurden damit alle Erörterungen und Einwendungen abgeschnitten, er klagte seine Obligationsforderung auf 100 ein und erlangte die Verurteilung des Promittenten.

Ein solcher Ersatz konnte andererseits aber auch im Interesse des Schuldners liegen, es konnten ihm so Zinsen, Schadenersatzleistungen etc. erspart werden, indem seine Haftung fixiert wurde auf eine bestimmte Summe: centum dare spondes?, nichts mehr und nichts weniger hatte er zu leisten.

Sodann aber war die Stipulationsforderung auch in materieller Beziehung privilegiert. Einmal war sie allein fähig der Verbürgung in den alten Formen der sponsio und fidepromissio. Ausserdem konnten die Stipulationsschulden allein durch den Akt der Acceptilation erlassen werden: einen solennen Akt gleich der Stipulation: acceptum habesne? habeo; imaginaria solutio wird sie in den Quellen genannt. Da nun aber die Acceptilation die einzige Art war, wie dem Schuldner mit civilrechtlicher Wirksamkeit erlassen werden konnte, und dieses

Bedürfniss sich doch auch hinsichtlich anderer Forderungen als Verbalobligationen geltend machen musste, so war man genötigt, diese anderen Forderungen erst im Wege der Novation durch eine Stipulationsforderung zu ersetzen, welche man sodann durch Acceptilation erliess. Zu diesem Zwecke diente insbesondere die stipulatio Aquiliana, welche uns noch öfters begegnen wird.

Dass noch zahlreiche andere Momente den Parteien bei Eingehung einer Novation vorschweben konnten: Unterbrechung der Verjährung, Vernichtung der mora, Wegfall der Konventionalstrafe, will ich hier nur der Vollständigkeit halber andeuten.

2. Novation mit Wechsel eines Subjekts.

Die Obligation war nach römischer Auffassung ein vinculum iuris unter zwei bestimmten Personen, und diese bestimmten Personen gehörten so wesentlich zum Bestand der Obligation, dass ein Wechsel in denselben ohne Zerstörung der Obligation undenkbar erschien; nur hinsichtlich der Vererbung wurde eine Ausnahme anerkannt. Da sich aber bei entwickelterem Verkehr das Bedürfnis gebieterisch äusserte, die Subjekte der Forderung zu ändern, so suchte man den praktischen Erfolg zu erreichen auf dem Umweg der Novation: die alte Obligation wurde aufgehoben, eine neue des gleichen Inhalts, aber mit neuem Subjekt, begründet. Der Eintritt eines neuen Gläubigers stützte sich dabei stets auf eine Delegation, auf eine Überweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger an den neuen[1]), denn ohne Willen des alten Gläubigers kann ihm Niemand durch die Novation seine Forderung entreissen[2]) (l. 8. § 5. D. h. t.).

[1]) Der Schuldner verspricht auf Grund der Überweisung einem Anderen, was er bisher dem Überweisenden schuldete. Dies kann geschehen entweder mit Bezugnahme auf die bisherige Schuld oder ohne eine solche: ‚titulierte‘ und ‚reine‘ Delegation.

[2]) Man hat die Delegation früher als Unterart der Novation betrachtet, ist sich jetzt aber im Allgemeinen darüber einig, dass dies nicht der Fall ist, dass vielmehr Novation und Delegation Begriffe sind, welche sich nicht decken, sondern sich ‚schneiden‘ (Brinz)

Der Wechsel des Schuldners kann sich vollziehen entweder auf Delegation des bisherigen Schuldners, oder aber auch ohne eine solche (im letzteren Falle sprechen wir von expromissio).

B. Begriffsbestimmungen.

Wie wurde und wird die Novation rechtlich charakterisiert? Gaius und nach ihm die Institutionen charakterisieren den rechtlichen Vorgang bei der Novation dahin: nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem (G. III. 176 u. § 3. J. III 29). Die Legaldefinition an der Spitze des Digestentitels de novationibus et solutionibus (l. 1 pr. D 46, 2) lautet:

> novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio; hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.

Also: Die alte Obligation geht unter, die andere entsteht; sonach zwei Wirkungen, aber diese stehen nicht isoliert, sondern hängen zusammen: prima ‚transfertur', also ein ‚Übergang'. Auch sonst ist in den Quellen in Bezug auf die Novation häufig von ‚transferre' ‚transire' die Rede. Diese Definitionen enthalten einen offenbaren Widerspruch, indem dasjenige, was beseitigt wird, nicht übertragen werden kann. Wir glauben in denselben den Versuch erblicken zu dürfen, die in der Sache selbst liegende Schwierigkeit zu beseitigen, aber einen Versuch, der diese Schwierigkeit eher verdecken, denn beheben dürfte. Aus jener sachlichen Schwierigkeit und aus diesen uns überkommenen Definitionen erklären sich die zahlreichen

---

und zwar folgt diese Auffassung mit Notwendigkeit daraus, dass der Delegation gar kein Schuldverhältnis zu Grunde zu liegen braucht, und nur wenn ein solches zu Grunde liegt, kann eine Novation in Frage kommen. Delegation ist überhaupt jede Anweisung resp. Ermächtigung Jemandes, sei es zu einer datio oder solutio, einer Zahlung oder einem Sichverpflichten; die Quellen gebrauchen den Ausdruck verschieden und auch wir bezeichnen mit Delegation sowohl die ‚Überweisung' als solche, als wir auch den Erfolg dieser Überweisung, speziell die auf Grund derselben erfolgende promissio damit begreifen.

unklaren Definitionen der Neueren, welche sich an der Vereinigung jener Gegensätze abmühen.

Die jetzt wohl übliche Definition (so Windscheid, Puchta, Seuffert, nur etwas breiter Arndts) geht dahin: „Aufhebung eines Forderungsrechts durch Begründung eines neuen“; ebenso Gide[1]): „une convention, par laquelle on éteint une ancienne dette en lui substituant une dette nouvelle“. Diese Definition ist zu unbestimmt, es fehlt das Kriterium, wodurch Aufhebung und Begründung zusammenhängen; die Beziehung zwischen Beiden wird nicht aufgeklärt, eine Beziehung, auf welche die ‚transfusio‘ und ‚translatio‘ mit Entschiedenheit hinweisen; ein Zusammenhang wird in den römischen Definitionen unverkennbar betont, wenn auch in einer Form, welche einen Widerspruch enthält. Die obige Definition könnte dazu verführen, Fälle unter die Novation zu begreifen, welche nichts mit ihr zu thun haben. Sodann aber führt diese Definition, wie mir dünkt, mit Notwendigkeit zur Auffassung der Novation als ‚datio in solutum‘, und dennoch wird diese dann von den hierher gehörigen Schriftstellern (so Windscheid, Gide etc.) abgelehnt.

Andere versuchen, in dem richtigen Gefühl, dass obige Definition unvollkommen ist, dem Gedanken der ‚transfusio et translatio‘ in mehr oder minder scharfer Weise Ausdruck zu verleihen. Manche definieren nach dem Vorbilde von Gaius geradezu: „Aufhebung einer Obligation durch Umwandlung in eine neue“; so auch Bähr[2]); „Vernichtung einer Obligation mittelst Verwandlung“ (vgl. Savy. Syst. VI. 25); ähnlich Liebe[3]): Die Obligation erscheint lediglich als Inhalt des zweiten Verbindlichkeitsgrundes, in welchem sie deduziert und „so“ getilgt wurde.“ Aber ‚Aufhebung‘ und ‚Umwandlung‘ sind begriffliche Gegensätze, schliessen eins das andere aus, und es ist deshalb m. E. nicht angängig, sie in dieser Weise zusammenzustellen, um so der

[1]) Gide, „Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain“, S. 3.

[2]) Bähr in den „Jahrb. für die Dogmatik des heut. r. u. d. Privatrechts“, Bd. II, S. 245.

[3]) Liebe, „Die Stipulation und das einfache Versprechen“, S. 157.

Schwierigkeit sachlicher Vereinigung zu entgehen. In der stärksten Weise ist der Zusammenhang zwischen Aufhebung und Begründung betont von Liebe, welcher beide Obligationen als eine „Einheit“ auffasst. Die Novation „setze nur eine einzige Obligation voraus“! Diese Anschauung ist das extreme Gegenstück zu Windscheids Lehre, die neue Obligation sei „auch der Substanz nach“ eine andere und beruhe rein auf dem Begründungswillen. Der Streit über die Substanz der Forderung dürfte übrigens ein müssiger sein; was heisst ‚Substanz‘ einer Forderung? An die römische Quellendefinition (l. 3. pr. D. 44, 7): obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid .... denkt man doch kaum? Dernburg, welcher Windscheid widerspricht, scheint nach seinen Beispielen (vgl. S. 161) an die causa zu denken; wenn er sodann die Definition von Windscheid zu präzisieren vermeint, indem er lediglich zu derselben hinzusetzt: eine neue „auf dasselbe Ziel gerichtete Obligation“, so scheint mir damit für den juristischen Standpunkt kaum etwas gewonnen zu sein.

Die meisten Schriftsteller, welche in diese Kategorie gehören, teilen nicht die prägnante Formulierung Liebes, sondern bewegen sich in Ausdrücken wie ‚Umwandlung‘, ‚Umprägung‘ (Brinz), ‚Umformung‘ (Keller, § 277) oder auch ‚Translation‘ (? Hruza[1]). Dem gegenüber kann man zugeben, dass es sich von einem wirtschaftlichen, ökonomischen Standpunkte aus vielleicht von ‚Umwandlung‘ reden lässt, aber juristisch liegt jedenfalls Tilgung vor, und damit ist eine Umwandlung eben begrifflich ausgeschlossen. Nach Salkowski[2]) werde die alte Obligation in die neue ‚deduziert‘, sie werde ‚als solche‘ Gegenstand der neuen Obligation. Ebenso Römer[3]): ‚die bisher geschuldete Leistung werde ‚als solche‘ Gegenstand der neuen

---

[1]) Hruza, „Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht“.

[2]) Salkowski, „Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht“.

[3]) Römer, „Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinem Recht“.

Obligation'; ähnlich Sintenis (II, § 105): Die neue Obligation nehme die erstere in sich auf. Salkowskis Ausführungen gipfeln darin, dass einem bestehenden debitum eine neue causa gegeben werde, wodurch die alte causa aufgehoben werde, indem ihr ‚gewissermassen der Gegenstand entzogen sei'. Aber wenn ich eine accessorische Verpflichtung eingehe, so wird auch eine neue causa gegeben und doch wird die alte causa nicht aufgehoben. Dasselbe gilt gegenüber Kuntze[1]) (d. Oblig. 1886), welcher denselben Gedanken wie Salkowski in der Weise ausdrückt: die alte Obligation müsse, durch Entnahme ihres Stoffes entseelt, sterben (?). Im Übrigen findet Kuntze das ‚civilistische Wesen der Novation in der Verwendung des für eine bestehende Obligation fixierten Vermögensstoffes für eine andere Obligation' (Obl. 1856. S. 242. a. a. O.); dieser Vermögensstoff soll der vom eigentlichen Objekt der Obligation, der obligatorischen Handlung selbst, wohl zu trennende Inhalt der Handlung sein; wie soll man sich diese Trennung der Handlung von ihrem Inhalt denken? Liebe spricht von ‚Rechtsstoff', aber der Rechtsstoff wie der Vermögensstoff scheinen mir keine juristischen Begriffe zu sein, und noch weniger wie bei diesen Begriffen weiss man bei Kellers ‚wesentlichem Stoff' der Obligation, was man sich dabei vorstellen soll.

Erwähnt sei noch, dass einige in ihre Definition aufnahmen: Umwandlung in eine ‚Formalobligation', oder auch in eine ‚obligatio ex stipulatu', und damit der Frage nach der heutigen Geltung präjudizieren.

All den erwähnten Definitionen gegenüber, welche natürlich noch in mannigfaltigen Modifikationen schillern, erscheinen mir diejenigen Definitionen, welche die Novation geradezu als eine Art Zahlung charakterisieren, an sich ansprechender. Mit Entschiedenheit ist dies aber eigentlich nur bei Witte[2])

[1]) Kuntze, „Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes", 1856. — Derselbe, „Die Obligation im römischen und heutigen Recht", 1886.

[2]) Witte, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", hrsg. v. Pözl, Bd. VI, S. 330 ff.; Bd. VIII, S. 169 ff. u. 321 ff.; Bd. IX, S. 475 ff.

formuliert: ‚Abfindung eines Gläubigers durch Errichtung einer neuen Forderung‘. Wie weit diese Auffassung dem Sachverhältnis entspricht, muss sich erst ergeben.

C. Selbständige Entwicklung der Lehre.
1. Geschichtliche Entwicklung des Novationsbegriffes.
a) das alte Recht.

Mit Recht scheint mir Salpius[1]) in entschiedener Weise auf das vorjustinianische Recht zurückzugehen und insbesondere das klassische Recht, wie es sich in seiner Reinheit bei Gaius darstellt, in Berücksichtigung zu ziehen. Jahrhunderte lang hat man nur, was im corpus iuris Justinians enthalten ist, gelehrt und gelernt, und die frühere Rechtsentwickelung nur insoweit einer Kenntnis für würdig befunden, als das justinianische Gesetzbuch rückwärts hin einige Lichtstrahlen verbreitete. Erst in unserem Jahrhundert ist man selbständig auf die früheren Rechtsquellen zurückgegangen und hat die Rechtsinstitute in ihrer historischen Entwickelung chronologisch verfolgt bis zu Justinians Zeit hinauf, wofür von besonderer Bedeutung und Anregung die Auffindung des Veroneser Palimpsestes von Gaius war. Wir werden im Folgenden, dem Vorbild von Salpius folgend, das ältere Recht ins Auge fassen, um festzustellen, *welches die Natur der Novation in dieser älteren Zeit war.*

Die Novation erscheint nach Gaius wie nach den Institutionen als ein civilrechtlicher modus tollendi, ein ipso iure wirkender Aufhebungsgrund der Obligation. Das Wort novatio, novare bezeichnet die tilgende Wirkung, den effectus iuris der Tilgung, und wenn in Folge einer, auch sonst üblichen Metonymie, auch die novierende Stipulation selbst so genannt wird, so doch regelmässig eben in ihrer Eigenschaft als Tilgungsakt; tritt kein liberatorischer Effekt ein, so heisst es „cessat novatio“; Gaius spricht von ‚nihil ad novationen proficere‘.

Die Novation in dieser Eigenschaft unterschied sich von den anderen Tilgungsmodi des ius civile dadurch, dass sie Anwendung fand auf alle Obligationen jedweder Art. (l. 2. D. h. t.), während sonst das Prinzip des contrarius actus galt, der Grundsatz, dass die Aufhebung der Obligation konform

[1]) Salpius, „Novation und Delegation nach römischem Recht.“

sein müsse ihrem Entstehungsakt[1]) (l. 100. D. 50, 17); gleich stand sie in dieser generellen Anwendung der litis contestatio.

Name und Gruppierung weisen uns also hin auf die tilgende Funktion, und in der That dürfen wir annehmen, dass in der älteren Zeit das Gewicht wesentlich auf dieser lag.

Wenn nicht die üblichste, so doch jedenfalls eine der üblichsten Anwendungen der Novation war die stipulatio Aquiliana: eine generelle Zusammenfassung aller bestehenden Schuldverhältnisse zum Zweck eines generellen Erlasses durch acceptilatio (§ 2. J. 3, 30); wir sehen in derselben eine sorgfältig ausgearbeitete, offenbar in ihrer definitiven Gestalt nicht von Aquilius allein herrührende, sondern von anderer Hand vielfach verbesserte und ergänzte Formel, welche alle möglichen Arten von Klagen speziell aufführte; also ein kunstvolles Formular. Weshalb nun diese Sorgfalt auf die Form verwendet? Offenbar, weil die Form von grosser Bedeutung war, nur in dieser Form, in diesen Worten eine Generalquittung möglich war. Aber war nun nicht daneben und vor allem die auf diesen Erfolg gerichtete Absicht der Parteien notwendig?

Wir kommen damit zu demjenigen Punkt, in dem wir mit Salpius zu der herrschenden Auffassung in entschiedenen Widerspruch treten und wobei wir uns vor allem auf Gaius stützen.

Gaius in seiner Darstellung von der Novation weiss absolut nichts von dem Erfordernis eines ‚animus novandi‘!

Nach der herrschenden Ansicht soll diesem Schweigen des Gaius gar keine Bedeutung beizulegen sein; Gaius habe dieses Erfordernis einfach vergessen, oder er habe es nicht für notwendig erachtet, es hinzuzufügen, weil er ja keine vollständige Darstellung des Rechts habe geben wollen; er habe es für so ‚selbstverständlich‘ (Witte) erachtet, dass er es gar nicht besonders erwähnen wollte.

---

1) Auch die nexi obligatio wurde durch liberatio per aes et libram aufgehoben, Litteralobligation durch Litteralobligation, Verbalobligation durch Verbalobligation etc.

Mir erscheint es an sich schon sehr misslich, einem Schriftsteller wie Gaius willkürlich dergleichen zu unterstellen, in diesem Fall aber geradezu eine solche Auffassung unmöglich, denn einmal: wenn Gaius einen animus novandi forderte, so musste er bei Besprechung der zu seiner Zeit kontroversen Frage, worin das novum der Novationsstipulation bestehen müsse, notwendigerweise auf den Willen der Parteien rekurrieren, wie dies spätere Juristen auch gethan haben; sodann, wenn Gaius zu den ‚veteres iuris consulti‘ gehören würde, von denen in den Institutionen die Rede ist, so müsste er notwendig die eben bei diesen veteres vorkommenden Präsumtionen des animus novandi erwähnen. Ferner würde seine ganze Darstellung unter der Annahme eines notwendigen animus novandi inkorrekt sein: wenn ich mir von Titius versprechen lasse, was Seius mir schuldet, so liegt Novation vor, lehrt Gaius. Aber jener Ansicht gemäss wäre dies doch nur der Fall, wenn der animus novandi vorläge, da es ja auch sein könnte, dass Titius mir neben Seius schulden soll. Ferner in gewissen Fällen soll Novation eintreten, obwohl eine stipulatio inutilis entsteht, trotzdem ‚rem amitto‘. Mir erscheint es doch als bedenklich, in allen solchen Fällen den animus novandi ohne weiteres als selbstverständlich vorauszusetzen; derselbe hätte auch hier wohl genannt sein müssen. Dasselbe Argument ergibt sich der ganzen Ausführung von Gaius gegenüber.

Berufen wir uns auf die Autorität des Gaius, so hält man uns freilich entgegen: ja, Justinian spricht doch ganz allgemein von den ‚veteres iuris consulti‘, welche den animus novandi forderten. Wer sind aber diese ‚veteres‘? Vermutlich denkt Justinian und seine Zeitgenossen nicht an die Juristen der republikanischen Zeit, aber auch nicht an diejenigen der ersten Kaiserzeit, die ihnen zu entfernt schon lagen, und deren Schriften sie wohl meistens nur durch Exzerpte aus anderen Schriftstellern kannten, sondern die veteres sind die Papinian, Ulpian, Paulus, die Juristen des dritten und der folgenden Jahrhunderte; ist doch der Gebrauch des Ausdrucks veteres im corpus iuris ein schwankender[1]). Sodann aber findet sich in

[1]) Vgl. Dirksen, „Beiträge zur K. des r. R.“, S. 183.

einer Reihe von Stellen des corpus iuris, die gerade in diejenige frühere Zeit zurückreichen, für welche wir den animus novandi bestreiten, der Ausdruck ‚novandi animus'. Aber wir können diesen Stellen kein grosses Gewicht beilegen, erklärt doch Justinian ausdrücklich: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus .... (c. 8. C. 8, 43). Demnach müssen wir diesen Stellen mit Misstrauen gegenüber stehen, denn wir wissen nie, wie weit sie mit dem Justinianischen Recht in Einklang gebracht worden sind, wie denn bei einigen derselben die zusetzende Hand der Kompilatoren ganz unverkennbar ist (vgl. l. 24. l. 31. D. h. t. — l. 58, D. 45, 1). Aber wenn man in einigen eine solche Emendierung nicht will gelten lassen, so scheint uns Salpius Erklärung, dass der Ausdruck, novandi animus, hier nur eine Umschreibung der Novationsstipulation ist, um den Gegensatz zu einer Stipulation zu bezeichnen, bei welcher gar keine zu novierende Obligation da ist, durchaus nicht unglaubhaft — abgesehen von l. 4. pr. D. 22, 1, wo der Gegensatz eine accessorische Stipulation sein muss, denn in der ganzen Stelle ist lediglich von einem Kauf die Rede (wenn man den animus novandi hier als von Papinian herrührend annehmen will, was wir an sich für möglich, aber für unwahrscheinlich erachten, vgl. u.). Wenn man aber auch diejenigen Stellen für den animus novandi ins Feld führt, welche von ‚novandi causa' stipulari reden, so scheint uns dieser Ausdruck doch ganz unverfänglich, und hier zweifellos ausschliesslich die Bedeutung der Novationsstipulation im Gegensatz zu einer Stipulation in abstracto gemeint zu sein. Damit, dass die Annahme des animus novandi bei Gaius das „Natürlichste" sei (Witte), ist wenig gesagt.

Ich teile sonach in diesem Punkt Salpius Ansicht, dass Gaius und seine Zeit das Erfordernis des animus novandi nicht kannten.

Die Form war also — um wieder an die stipulatio Aquiliana anzuknüpfen — nicht nur von grosser Bedeutung, sondern sie war das Entscheidende: wenn die Parteien sich dieses Formulars bedienten, so trat der Novationseffekt ein,

ohne Rücksicht darauf, welche Absicht sie dabei verfolgten. Man macht gegen diese Auffassung geltend die l. 5. D. 2, 15: Cum Aquiliana stipulatio interponitur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur; liberalitatem enin captiosam interpretatio prudentium fregit; aber dieselbe scheint uns im Gegenteil gerade für unsere Ansicht zu sprechen: erst die interpretatio prudentium musste eingreifen, um den Eintritt eines der Absicht der Parteien entschieden widersprechenden Erfolges zu vermeiden.

Die stipulatio Aquiliana — deshalb haben wir sie an die Spitze gestellt — ist das einzige authentische Formular, das einzige Modell, welches uns verbürgt überliefert ist; aber dieser Umstand hindert nicht die Annahme, dass es daneben noch eine ganze Reihe anderer Formeln mit derselben formell liberatorischen Wirkung gegeben hat: genau feststehende, stereotype, schon äusserlich von anderen unterscheidbare Novationsformulare, mit konsumierender Kraft ausgestattet, wirkend kraft der Formel, nicht kraft der Parteintention.

Diese einzelnen Formeln lassen sich allerdings wohl niemals mit voller Sicherheit positiv nachweisen, weil — wie wir im Folgenden zu zeigen versuchen werden — in der späteren Zeit die Formeln ihre scharfe Ausprägung verloren und sich untereinandeer vermischt und vermengt haben.

Lässt sich aber ein positiver Beweis weder für, noch wider erbringen — denn, wenn man die festen Formulare verwirft, so muss man unbedingt den animus novandi fordern: wie sollte sich sonst die Novation zu erkennen geben? — so müssen m. E. allgemeine Gesichtspunkte entscheiden, Gründe allgemeiner Natur und die geschichtliche Entwickelung. Versuchen wir daraus unserer Ansicht eine Stütze zu gewinnen.

Jemehr wir uns, zurückblickend auf die Bahn, welche das Recht in seiner Entwickelung durchschritten hat, den frühesten Zeiten geordneten Rechtslebens nähern, umsomehr fühlen wir uns unter dem Banne der Form, unter der Herrschaft des Buchstabens: nicht der Wille kann sich in seiner mannigfachen Gestaltung frei bethätigen, sondern er ist angewiesen auf einige wenige, festbestimmte, enge, unverrückbare

und darum starre Formeln: nicht danach, was die Parteien gewollt haben, wird gefragt, sondern ob sie diese Formeln gebraucht haben und ob sie dieselben korrekt gebraucht haben.

Wie in der Rechtsentwickelung überhaupt, wie auch in unserem einheimischen Recht, wo man neuerdings sich überzeugt hat, dass statt der geglaubten Formfreiheit in alter Zeit im Gegenteil die strengste Form und nur die Form waltete, so ganz besonders auch bei den Römern. Das ganze römische Rechtsleben älterer Zeit wird charakterisiert durch die Bedeutung der Form; alle Sphären desselben sind durchzogen durch Formeln. Bestimmte Formeln bestanden für Verträge wie für den Prozess: solche aufzustellen, zu vervollständigen und zu verbessern, darin erschöpfte sich die Thätigkeit der alten Juristen, insbesondere der Pontifices: componere formulas stipulationum et judiciorum (Cicero). So bestand für alle Rechtsgeschäfte eine Vielzahl den verschiedenen Bedürfnissen entsprechender Formeln; so berichtet uns Cicero von einer besonderen Sammlung von Formeln für die verschiedenen Arten des Kaufes (die sog. leges venalium vendendorum); eine andere Formel wurde gebraucht cum emimus domitos, stipulamur sie .... non domitos, stipulamur sic .... (Varro). Auf allen Gebieten des Rechts sehen wir bestimmte Formeln: bei mancipatio und in iure cessio: [Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est .... — Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam ....]; bei Erbeinsetzung: [heres esto oder heredem esse jubeo]; beim Legat: [do lego]. Nun hatte kein Geschäft annähernd die Bedeutung im alten Rom wie die Stipulation; wie sollten für sie nicht die mannigfachsten Formeln bestanden haben, entsprechend ihren mannigfachen Funktionen? Es sind uns bestimmte Formeln für die Korrealobligationen auch im justinianischen Recht berichtet (J. 3,16): entweder musste die Formel lauten: Maevi, Sei spondetis? worauf die Schuldner gleichzeitig antworteten: spondemus; später konnte es auch heissen: Maevi, decem dare spondes? Sei, eosdem decem dare spondes? spondeo, spondeo. Folgte sich aber Frage und Antwort einzeln auf-

einander, so entstanden zwei Obligationen, alia atque alia obligatio.

Ob eine Obligation fähig war, durch sponsio und fidepromissio gesichert zu werden, war es nicht eine reine Formfrage, da sie nur bei Verbalobligationen, also nur bei Obligationen in korrespondierender Form möglich war?

Ist es danach zu kühn zu behaupten, dass auch für die Novation ganz bestimmte Formeln bestanden, und dass die Novation sich mit Rechtsnotwendigkeit vollzog, wenn nur die Parteien mit dem Willen zu stipulieren das Formular der Novationsstipulation ausgesprochen hatten? Fest ausgeprägte, stereotype Formeln lassen keinen Raum für Interpretation; ist nur der Wille da, überhaupt zu stipulieren, diese Formeln zu gebrauchen, die Zwecke, welche die Parteien mit diesem Gebrauch verfolgen, können nicht weiter berücksichtigt werden. Verfolgen wir die Entwickelung rückwärts: bei Justinian soll der Wille allein entscheiden und die Form der Stipulation ist lediglich eine condicio sine qua non; vor Justinian, bei den veteres ist auch theoretisch der Wille erfordert, wird aber in vielen Fällen präsumiert, wird also angenommen, mag er auch im einzelnen Fall thatsächlich nicht dasein, wenn nur die Form da ist, von ihr kann nicht abgesehen werden; ist es unwahrscheinlich, dass, wenn wir noch weiter zurückgehen, wir in eine Periode kommen, wo die Form allein entscheidet, der Wille nichts? Spricht doch Gaius, der selbst zahlreiche Formeln aufführt, von der nimia subtilitas veterum (4, 30); und schon Cicero weist auf eine Zeit der peinlichen Handhabung der Formeln als auf eine schon überwundene hin.

Wenn man sich darauf stützt, dass sich für die mit Rechtsnotwendigkeit eintretende Konsumtion doch „gar keine ausreichende Gründe“ finden liessen, so schlägt man doch wohl das Element der prävalierenden Form für die alte Zeit zu gering an; es lassen sich oft keine ausreichende Gründe für die Wirkungen der Form anführen. Gerade bei der Novation dürfte sich indessen auch ein innerer Grund für die Formelwirkung im obigen Sinne namhaft machen lassen; es ist der gleiche, der auch für die Formalwirkung der pro-

zessualen Konsumtion massgebend gewesen sein dürfte: Vermeidung von Doppeleintreibung, deren Gefahr bei jeder accessorischen Verpflichtung im alten Recht bestand. Auf Grund mehrerer Obligationen konnte der Gläubiger mehrere Urteile erlangen, und mehrere Urteile ermächtigten ihn zur mehrfachen Beitreibung.

Wie haben wir uns nun diese Stipulationsformeln zu denken? Im allgemeinen wesentlich nach Analogie der Klageformeln: ‚sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet'. Wenn wir die Novation sonach als einen tilgenden Formalakt auffassen, so drängt sich uns unmittelbar die Parallele zur litis contestatio auf: auch diese ist ein civilrechtlicher Tilgungsmodus, auch sie ist ein tilgender Formalakt, dieselben Funktionen wie dort die Stipulationsformel hat hier die intentio, der deductio in judicium entspricht die deductio in stipulationem; auch hier wird eine neue Obligation erzeugt: die Obligation ‚condemnari oportere'. Auch die konsumierende Wirkung der litis contestatio bezog sich (jedenfalls im Formularprozess) lediglich auf das Gebiet der Obligationen. Man hat in neuerer Zeit die litis contestatio als novatio necessaria der novatio voluntaria zur Seite gestellt und wollte diese Zusammenfassung beider Institute unter dem gemeinsamen Begriff der Novation auch in den Quellen ausgedrückt finden. Und in der That stellen verschiedene Quellenstellen beides in Parallele, so l. 29. D. h. t., und in Vat. fr. § 263 heisst es geradezu: si interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit; und in c. 3. C. 7, 54: prior contractus novatur judicati actione. Aber man darf sich durch diese, wie mir scheint, thatsächlich grosse Aehnlichkeit beider Institute nicht verführen lassen, nun in allen Punkten vollständige Uebereinstimmung nachweisen zu wollen, wie es Salpius versucht, welcher die Novation durchweg als „ausserprozessualische Konsumtion" behandelt. Zunächst hat die litis contestatio einen engeren Umfang: die prozessualische Konsumtion betrifft, wie Sabinus selbst annimmt, nur die actiones in ius conceptae, nicht die actiones in factum, während alle Obligationen ohne Unterschied der Novation fähig sind. Sodann

scheint mir Salpius nicht den Unterschied beseitigt zu haben, dass die intentio incerta den ganzen Anspruch, auch die zukünftigen Forderungen konsumiert, eine stipulatio incerta aber nur die gegenwärtigen, wie dieser Gegensatz ausdrücklich hervorgehoben wird in der l. 76. § 1. D. 45, 1, weshalb bei der Stipulation ein umfassender Zusatz zu dem oportet, wie ‚et oportebit‘ notwendig ist, wie er sich ja auch in der stipulatio Aquiliana findet; dass dieser Unterschied sich auf die obligatorische Wirkung beziehen soll, ist unglaubhaft, denn ein Gegensatz — und in einen solchen sollen beide Institute hier doch offenbar gestellt werden — ist doch nur hinsichtlich der konsumierenden Wirkung vorhanden. Ferner betont gerade die für die Gleichstellung citierte l. 29. ausdrücklich den Unterschied, welcher zwischen beiden Fällen obwaltet: perit privilegium dotis et tutelae, si .... dos in stipulationem deducatur vel .... actio novetur, ... quod nemo dixit lite contestata. Da zudem die Auffassung einer novierenden Wirksamkeit der litis contestatio eng zusammenhängt mit dem Institut der prozessualischen Konsumtion, welches uns heute fremd ist, so glauben wir diese Quasinovation aus unserer ferneren Darstellung (im wesentlichen) ausscheiden zu dürfen.

Wie nun die Novationsstipulationen im einzelnen ausgesehen haben mögen, lässt sich mit Sicherheit schwer bestimmen.

Was zunächst den Fall des Wechsels eines Subjekts betrifft, so scheint die charakteristische Formel für den Eintritt eines neuen Schuldners gewesen zu sein: quod Titium mihi dare oportet, *id* dari spondes? (z. B. l. 34. § 2. D. h. t.) [1]. Hierdurch unterschied sich dieser Akt vom Fall der adpromissio, wo die Formel lautete: *idem* promittis oder *idem*

---

[1]) Das charakteristische ‚id‘ mag sich früh verloren haben, so dass die Novationsformel für Wechsel des Schuldners dann einfach lautete: quod .... dare oportet, tu dare spondes? vgl. G. III. 176 — l. 32. D. h. t. — l. 72. § 3. D. 46, 3. (quidquid ....) — l. 8. § 5. D. h. t.

Wie kommt Salkowski (l. c. S. 103) dazu, die l. 27. D. h. t. und l. 92. §. 3. D. 46, 3 in der Fassung zu citieren: quod .... *id* ..., da diese Stellen gar nicht so lauten.

dabis; ebenso von der Formel der sponsio: idem dari spondes; derjenigen der fidepromissio: idem fidepromittis; derjenigen der fidejussio: idem fide tua esse jubes (vgl. z. ob. G. III. 116).

Beim Eintritt eines neuen Gläubigers lautete die Formel jedenfalls auch nicht: ‚idem' . . . , weil dies die spezifische Formel der adstipulatio war (G. III. 112; G. hält es hier übrigens nicht für überflüssig, ausdrücklich zu bemerken, dass der Adstipulator nicht nur die Formel idem dari spondes gebrauchen konnte, sondern auch idem fidejubes, idem fide tua promittis). Auch hier dürfte die Formel eigentlich ‚id' gelautet haben, hat sich aber sodann abgeschwächt zu: quod Titio debes mihi dare spondes?

Gegen die fest abgegrenzten Novationsformulare führt man ins Feld l. 3. D. 45, 2: in duobus reis promittendi frustra timetur novatio . . . , wonach die Formel ‚idem' dare spondes auch für die Novation anwendbar sein müsse, weil anderufalls ein timor novationis nicht zu erklären sei; und l. 6. pr. D. h. t., wo sich die Formel ‚fidejubes' findet, und doch die Novation nicht deshalb abgelehnt wird, sondern nur aus dem Grunde: quia non hoc agitur, ut novetur. Aber diese beiden Stellen rühren von Ulpian her, zu dessen Zeit allerdings — wie wir später sehen werden — die Formeln sich verwischt und ihre scharfe Ausprägung verloren hatten. Wenn man aber uns die Berechtigung abstreitet, aus dem Schweigen des Gaius auf den Mangel des animus novandi zu schliessen, so darf man nicht gleichzeitig aus dem Schweigen desselben Schriftstellers über die einzelnen Formulare einen Schluss auf den Mangel derselben ziehen, wie es Czyhlarz[1]) thut, zumal das Fehlen der letzteren viel eher verständlich wäre, als es die Nichtangabe des Erfordernisses des animus novandi sein würde (s. o.). Wir halten vielmehr daran fest, dass durch obige Formeln der alte Schuldner iure novationis ohne eine besondere liberatorische Absicht des Gläubigers frei wurde. Dass bei Gebrauch obiger Formeln mit Notwendigkeit die Novation sich

[1]) Czyhlarz in Grünhuts „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", Bd. VII, S. 357—378.

vollzog, ist auch die Auffassung der Glosse (glos. ad § 3. J. h. t. v° novae personae).

Wie steht es aber mit dem Fall, wo die Personen nicht wechseln?

Zutreffend erscheinen mir hier im Allgemeinen die Ausführungen von Salpius: er unterscheidet, entsprechend der intentio incerta und certa, eine stipulatio incerta und certa. Eine stipulatio incerta: so findet sich: quidquid ex vendito dare facere oportet (l. 27. D. h. t.), quidquid ob eam rem mihi dare oportet (l. 1. § 1. D. 44, 5), quod ex testamento mihi debes, dare spondes (l. 75. § 6. D. 45, 1), quod ex causa condictionis dare facere oportet (l. 29. § 1. D. 45, 1), die oben citierte stipulatio Aquiliana. Aus den meisten dieser Stellen ergiebt sich unmittelbar, dass es sich um *Novations*stipulationen handelt (vgl. l. 27. D. h. t. ct.). Als stipulatio certa mit novatorischer Wirkung lässt Salpius nur die stipulatio certam rem dari gelten, so Stichum servum dari spondes (lautete es ‚eundem' . . . , so lag eine Korrealstipulation vor). Eine solche stipulatio rem dari hatte aber nur dann formell novierende Wirkung, wenn eine Obligation auf das dare oportere derselben certa res vorherging, insbesondere eine frühere *Stipulation* auf dasselbe Objekt, weil es sonst an der erforderlichen Identität (s. u.) fehlte. Für die stipulatio auf certa pecunia bestreitet Salpius dagegen die Novationswirkung, weil diese ein reines Abstraktum und von lediglich generischer Bedeutung sei, und deshalb die erforderliche Identität der alten und der neuen Obligation nicht hervortreten könne. Dies ist an sich gewiss richtig, aber hätte man diesem Übelstand nicht durch einen Zusatz in der Stipulationsformel abhelfen können? Da Salpius, wie wir später sehen werden, die Möglichkeit des accessorischen Hinzutritts einer Stipulation leugnet, so dürfte er kaum umhin können, die Möglichkeit einer stipulatio certa, versehen mit einem solchen Zusatz, mit novierender Wirkung anzuerkennen (s. auch Salkowski, S. 102).

Dagegen bei der Stipulation auf ein facere besteht das Bedenken betreffs der Identität in keiner Weise, und man

wird hier wohl trotz Salpius eine Novationsstipulation annehmen können (l. 71. D. 17, 2 — l. 3. § 1. D. 19, 1 — l. 4. pr. D. 22, 1).

Salpius und Gide leugnen, wie erwähnt, die Existenz accessorischer Verpflichtungen für diese ältere Epoche. Wenn ein Gläubiger eine Stipulation eingegangen sei, so habe dieselbe die frühere Obligation auf dasselbe Objekt mit Notwendigkeit absorbiert, und zwar sowohl wenn eine andere Stipulation vorhergegangen, als wenn die Stipulation einem materiellen Geschäft nachgefolgt sei, einerlei ob ex continenti oder ex post. Da Salpius' ganze weitere Argumentation auf dieser Grundlage beruht, und demnach von der Entscheidung dieser Frage die Vorstellung des weiteren Entwickelungsganges abhängt, so sind wir gezwungen, auf dieselbe näher einzugehen.

Vorweg wollen wir gern zugeben, dass accessorische Verpflichtungen, bei der damit verbundenen prozessualischen Gefahr, im alten Recht nicht allzu beliebt sein mochten; aber damit fällt in keiner Weise die Frage ihrer theoretischen Möglichkeit zusammen!

Salpius selbst erkennt die accessorische Natur der prätorischen Stipulation an, und zwar „von Haus aus"; ebenso spricht Gide, nachdem er die accessorischen Stipulationen geleugnet hat, von „stipulations accessoires, telles que pénales ou d'intérêts".

Als allgemeinen Grundsatz führt Salpius an, dass die Klagenkonkurrenz ein viel zu künstliches Institut sei für das ältere Recht. Aber zunächst ist das Nebeneinanderbestehen zweier aus *verschiedenen* Rechtsgeschäften entsprungener Obligationen auf denselben Gegenstand gar keine eigentliche ‚Klagenkonkurrenz', wie sie etwa in dem Falle eines Depositums vorliegt, wo der Deponent actio depositi und rei vindicatio anstellen kann; wir wollen hierauf aber kein Gewicht legen. Unbedenklich ist zuzugestehen, dass die Römer eine entschiedene Abneigung gegen die Konkurrenz mehrerer Rechtsmittel auf dasselbe Ziel hatten, und dass sie demnach solche nicht gleichzeitig nebeneinander eröffnen mochten; aber daraus folgt doch noch nicht, dass ein bereits einmal bestehendes

Rechtsmittel mit Notwendigkeit durch das Entstehen eines neuen beseitigt werden musste.

Von den Quellenstellen, auf welche sich **Salpius** beruft, gibt er selbst zu, dass sie im wesentlichen von der obligatorischen Wirkung der Stipulation handeln, auch betreffen sie regelmässig nur den Abschluss in continenti.

Hinsichtlich solcher in continenti abgeschlossener Stipulationen behauptet Salpius „Absorption der aus dem formlosen Kontrakt entsprungenen Verpflichtung“, an anderer Stelle aber werden die Klagen aus dem formlosen Kontrakt der Stipulation gegenüber als „subsidiäre Rechtsmittel“ behandelt (S. 224. a. a. O.). Salpius' Hauptargument ist nun die stipulatio duplae wegen Eviktion. Dies ist aber zunächst bedenklich, weil die stipulatio duplae ja eine Pönalstipulation ist, welche nach **Salpius'** eigener Ansicht nicht absorbieren sollen, und er selbst erklärt sie deshalb für eine „Anomalie“ (S. 243); auf „Anomalien“ darf man aber keine Deduktionen stützen! Seiner Ausführung liegt vielleicht insofern ein richtiges Moment zu Grunde, als *praktisch* die Kontraktsklage hinter der actio ex stipulatu zurücktreten und nur subsidiär zur Anwendung kommen mochte: wie würde es z. B. der Käufer nicht vorziehen, mit der Stipulationsklage das duplum auf leichte Weise zu erlangen, statt mit der actio emti sein Interesse nachweisen zu müssen? Aber mit dieser praktischen Erwägung ist nichts entschieden gegen die theoretische Zulässigkeit der Kontraktsklage. Auch daraus, dass — wie verschiedene von Salpius citierte Stellen ergeben (S. 229 f.) — bei Unzulässigkeit der actio ex stipulatu dem Käufer die actio emti auf das Interesse gegeben wurde, darf man doch nicht e contrario folgern, dass ihm letztere nur bei Unzulässigkeit der ersteren gegeben wurde!

Entscheidend[1]) scheint mir gegen die Absorption der Kontraktsklagen durch die Stipulationsklage zu sprechen: l. 3. D. 18, 5: Ideoque quaesitum est, si .... venditor stipu-

---

[1]) Ob auch die von Salkowski für die diesseitige Ansicht angeführten Stellen (l. 11; § 12. D 19, 1 — l. 18, l. 27, l. 71, D 21, 2 — c. 8, c 25, C. 8, 45) beweiskräftig sind, mag hier dahingestellt bleiben.

latus fuerit, an nuda voluntae resolvatur obligatio. Julianus scripsit, ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. (Paulus.)

Also: wäre ein aufhebendes pactum nicht geschlossen worden, so würde Paulus die actio ex emto unbedenklich zulassen trotz der stipulatio.

Auch in l. 4. D. 22, 1 ist es denn doch durchaus nicht so „unzweifelhaft", wie Salpius meint, dass Papinian „nur" auf die Früchte eine Klage ex emto gestatten will. Salpius darf sich auf diese Stelle, indem er den „animus novandi" als von Papinian herstammend ansieht, jedenfalls nicht für seine Theorie berufen: ist hier doch ausdrücklich von einer Novationsstipulation die Rede.

Dasselbe ergibt sich aus Varro de re rust. II. 2.

Auch l, 60. D. 21, 2 spricht nicht für Salpius, denn man darf hier wohl nicht die Anstellung beider Klagen supponieren, sondern es ist lediglich von der actio emti die Rede.

Für die Absorption einer ex *post* eingegangenen Stipulation sind Salpius' Stützen die l. 71. D. 17, 2 und l. 24. D. 13, 5. Um erstere für seine Theorie verwerten zu können, muss er aber Paulus den Alfenus referieren lassen und die Worte: si novationis causa id fecissent für einen Zusatz des Paulus erklären, wozu kein Anhalt gegeben ist.

Am meisten Schwierigkeit verursacht die erwähnte l. 24:

Titius Seio epistolam emisit in haec verba: remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maiis probos; quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot. Quaero: an Titius in locum pupillorum reus successerit? Marcellus respondit: si intercessisset stipulatio, successisse.

Salpius behauptet, Marcellus habe für diesen Fall „offenbar nicht einmal an die Möglichkeit" einer fortdauernden Klage ex contractu pupillorum gedacht: das ist aber petitio principii. Freilich ist, was für Salpius zu sprechen scheint, von einem animus novandi hier nicht die Rede. Zunächst ist aber zu beachten, dass es sich hier um einen besonderen Fall handelt, den Eintritt eines neuen Schuldners. Die Absicht einer Schuld-

übernahme muss hier aber, wohl in Folge der Fassung der epistola, vorausgesetzt sein, denn es wird lediglich erwogen, ob Novation oder constitutum, und diese Frage entscheidet sich natürlich danach, ob eine Stipulation geschlossen ist; dass es sich hier lediglich um die Abgrenzung des constitutum gegenüber der Novation handelt, darauf weist auch der Platz der Stelle in dem Titel über das constitutum. Man könnte versucht sein, Marcellus' Entscheidung auf das in dem Zinsversprechen liegende novum (vgl. darüber unten) zurückzuführen[1]) und anzunehmen, der Jurist würde anders entschieden haben ohne ein solches novum. Aber ein solches novum würde Bedeutung haben nur als Indiz für die animus novandi, solche Präsumtionen dürfen wir aber bei Marcellus, einem Zeitgenossen des Gaius, nicht suchen; sodann ist nirgends ausgesprochen, dass ein Zinsversprechen zu irgend einer Zeit eine Präsumtion für den animus novandi abgegeben habe.

Was die zu einem Darlehn hinzutretenden Stipulationen angeht, bei welchen sich Salpius' Theorie am ersten zu bewähren scheint, so verspare ich mir deren Behandlung auf einen anderen Zusammenhang.

Hier seien noch einige Stellen erwähnt, welche das Gegenteil von Salpius' Theorie als allgemeinen Grundsatz, als regula iuris, aussprechen: eadem res saepius deberi potest (l. 14. § 2. D. 44, 2 — l. 159. D. 50, 17 [de regulis iuris]); und Ulpian stellt es als ein altüberliefertes Prinzip hin: non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant (l. 10. D. 19, 1).

Die zu einer materiellen Obligation accessorisch hinzutretende Stipulation hat aber — ich hebe dies wegen des Gegensatzes zu dem unten zu behandelnden Falle besonders hervor — ihren guten Sinn und praktische Bedeutung: die bestehende Obligation wird durch sie gesichert, der Gläubiger erhält eine neue Klage und zwar eine neue Klage, welche ihm eine prozessualisch viel günstigere Stellung verschafft; die Stipulation entspricht hier gerade der ihr mannigfach zugewiesenen

[1]) So Salkowski, l. c., S. 158.

Funktion: ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione l. 1. § 4. D. 46, 5); obligationum firmandorum gratia stipulationes „inductae" (!) sunt et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur (Paul. V. 7, 1).

Wir halten also an der Existenz accessorischer Stipulationen für *alle* Zeiten, auch für das ältere Recht fest. Bei dieser Annahme ergibt sich freilich eine grosse nach dem Stand unserer Kenntnis des älteren Rechts kaum zu behebende Schwierigkeit hinsichtlich der Frage, wie sich diese accessorischen Stipulationen von den novierenden unterschieden haben mögen. Dass der Unterschied in der Formel gelegen haben muss, kann keinem Zweifel unterliegen; solange bei Gebrauch bestimmter Formeln Novation, Tilgung der alten Schuld mit Notwendigkeit eintrat, konnte der auf Nebeneinanderbestehen der alten und der neuen Schuld gerichtete Wille sich nur bethätigen im Gebrauch bestimmter anderer Formeln. Wie sollen wir uns diese aber denken? Wir haben gesehen, dass Salpius eine Stipulation centum dari spondes mit formell novierender Kraft nicht gelten lässt, und ich stimme ihm darin bei: da Identität erfordert war und da es auf den animus novandi nicht ankam, so musste sich diese Identität in der Formel ausdrücken. In einer Stipulation quod ex vendito debes geschah dies durch den Hinweis auf das Objekt der alten Schuld; in einer Stipulation fundum Cornelianum dari spondes ergab sich die Identität ohne weiteres; aber bei einer Stipulation centum dari spondes wäre dies nicht der Fall gewesen. Salpius bestreitet aber gleicherweise, dass eine solche Stipulation als accessorische möglich gewesen sei, und sonach schweben bei ihm derartige Stipulationen gewissermassen in der Luft; es „bleibt kaum eine andere Vorstellung übrig, als die einer Tilgung nach Art einer wirklichen Zahlung" (?). Für uns ergibt sich diese Schwierigkeit nicht: ich möchte gerade solche Formeln ‚centum dare spondes' als accessorische betrachten. Wir haben ferner gesehen, dass man gegen Salpius geltend machen kann, dass man ja in eine stipulatio auf certa pecunia einen Zusatz aufnehmen könnte; Salpius würde eine solche Stipulation, bei Verneinung ihrer novierenden Wirksam-

keit, schwer unterbringen können. Es scheint mir nun nach dem Stand der Quellen, dass eine Stipulation ‚centum quae mihi debes‘ dare spondes, wo der Satz ‚quae debes‘ als demonstrativer Zusatz zu dem eigentlichen Stipulationsobjekt, dem ‚centum‘ zu verstehen wäre, nicht zur Novation gebraucht wurde, denn in allen bezüglichen Stellen heisst es: ‚quod mihi debes‘ (quod mihi ex vendito debes; quod Gaius mihi debet ct.: man könnte hiergegen m. W. nur die l. 8. § 4. D. h. t. geltend machen, wo allerdings von ‚centum, quae Gaius mihi debet‘ die Rede ist; ob man hier die Formel als ‚ungenau‘ wiedergegeben annehmen darf, wie Salpius meint, ist immerhin zweifelhaft; beweiskräftig scheint mir diese Stelle aber jedenfalls nicht zu sein, denn einmal wird hier ja gerade die Novation verneint, und sodann ist die ganze Stelle sehr zweifelhaft, weil eben der in ihr behandelte Fall in l. 32. D. h. t. bei Anwendung der üblichen und wie ich meine richtigen Formel — die hier auch zweifellos den Wortlaut angibt: stipulor ita: ‚quod te .... dare oportet‘ — im entgegengesetzten Sinne, als Novation, behandelt wird. In den von Salkowski für seine Behauptung, dass Stipulationen derart ‚fundum Cornelianum, quem Titius mihi debet, dare spondes?‘ als novierende vorgekommen seien, angeführten Stellen, aus denen sich „Anhaltspunkte“ für diese Formel ergeben sollen, kann ich solche nicht finden: es ist hier überall die Rede von einer stipulatio rem dari, aber nirgends ist es auch nur angedeutet, dass der res ein derartiger demonstrativer Zusatz beigefügt sei (l. 72. § 2. D. 46, 3 — l. 56. § 7, 8. D. 45, 1). Dem Unterschied der Formel ‚quod debes‘ und ‚centum quae debes‘ wird regelmässig keinerlei Bedeutung beigelegt; man geht in der Indifferenz gegen diese Formelunterschiede soweit, dass man die betreffenden Stellen sogar unkorrekt citiert: vgl. Salkowski[1]): „centum quae te mihi Calendis Martiis dare oportet, dare spondes? arg. l. 47. D. 45, 1“; aber es heisst in dieser Stelle gerade nicht ‚centum quae‘, sondern vielmehr ‚quod‘ .... dare spondes. Mir möchte dünken, dass die herrschende Meinung sich hierbei im Unrecht befindet: in einer

[1]) Salkowski, l. c., S. 102, 184. a. a. O.

› formalistischen Zeit wie in der älteren römischen hat jedes
Vort mehr und jedes Wort weniger seine Bedeutung: fundum
ari spondes? ist eine Novationsstipulation, eundem fundum
ari spondes eine Korrealstipulation! Denkbarer Weise könnte
ıan vielleicht in Formeln derart, wie centum, quae mihi ex
endito debes, dare spondes? einen Ausdruck accessorischer
Stipulationen sehen? Es würden dann die Formeln quod ex
endito debes, quidquid .... debes als die spezifischen Novationsstipulationen erscheinen; zumal die stipulatio auf certa res,
hne Bezeichnung der zu novierenden Forderung in der Stipulationsformel, für den Gläubiger allerdings eine grosse Gefahr
n sich geborgen hätte, falls dieser mehrere Forderungen gegen
len bisherigen Schuldner hatte.

Wir haben im Obigen lediglich den Fall behandelt, wo
eine Stipulation zu einer *materiellen* Obligation hinzutritt; nun
kann es aber auch sein, dass über dasselbe Objekt, welches
bereits aus einer Stipulation geschuldet ist, eine *zweite Stipulation* eingegangen wird. In diesem Falle glaube ich mich
nun umgekehrt entscheiden und annehmen zu dürfen, dass
hier die zweite Stipulation ungiltig war. Freilich machte mir
diese Auffassung anfangs Bedenken, weil sie von neueren
Juristen[1]) lediglich von Salpius vertreten wird, und von diesem
aus dem von mir verworfenen Grunde der Ungiltigkeit accessorischer Stipulationen im alten Recht überhaupt. Mir ist für
Salpius' Ansicht entscheidend, was auch Gide (S. 92) hervorhebt, dass eine solche zweite Stipulation, wenn sie nicht novierte
— und das konnte sie in gleichlautender Gestalt nicht, wie
wir später sehen werden —, juristisch zwecklos war: konnte
hier doch von einer Sicherung der ersten Obligation, von einer
anderen Klage, einer prozessualisch günstigeren Stellung nicht
die Rede sein. Der modernen Auffassung entspricht es allerdings wenig, hieraus sofort auf Ungiltigkeit zu schliessen;
daraus mag sich die abweichende Ansicht Salkowskis[2]) erklären, welche indess im Ergebnis auf das Gleiche hinaus-

[1]) Anders Ältere; s. die bei Salkowski S. 176, n. 51 citierten.

[2]) Salkowski, l. c., S. 175 ff. — Vgl. zum Ob. auch Römer, l. c., S. 305 ff.; Schlesinger, „Zur Lehre von den Formalkontrakten", S. 7.

laufen dürfte. Dieser bekämpft nämlich auch die Ansicht, wonach zwei derartige Stipulationen zwei gesonderte Forderungen ins Leben rufen, welche nur beide erlöschen durch einmalige Leistung, und betont im Gegensatz hierzu, dass die beiden Obligationen „formell völlig identisch" sind, es „an jedem äusseren Merkmale fehlt", ob der Gläubiger aus der ersten oder aus der zweiten Stipulation seine Forderung geltend macht, und somit „weder die äussere Möglichkeit, noch ein praktisches Interesse" vorliegt, beide Forderungen zu sondern, und deshalb auch durch die Intentio: si paret fundum Cornelianum dari oportet beide Stipulationen auf fundum Cornelianum dari in judicium deduziert werden. Diese Ansicht kommt im praktischen Erfolg der unseren gleich.

Im Unterschied zur modernen Auffassung haben die Römer aber die Konsequenz nicht gescheut, das juristisch Zwecklose für ungiltig zu erklären. Beweis dessen die Behandlung des legatum debiti: vermachte der Schuldner seinem Gläubiger, was er ihm schuldete, so hatte dieses Legat keinen juristischen Sinn, und deshalb wurde es für ungiltig erklärt; sollte es Bestand haben, so musste es ein Plus für den Gläubiger enthalten.

Derselbe Grundsatz wird für zwei aufeinanderfolgende Stipulationen allgemein ausgesprochen in l. 18. D. 45, 1:

> Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur.

Allerdings wird dieser Ausspruch auch in dem Sinne einer lediglich materiellen Unwirksamkeit im praktischen Endresultat verstanden; auch ist die Lesart (ipso iure oder ideo?) zweifelhaft. Aber für unser Verständnis dieser Stelle spricht, wie mir dünkt, in entscheidender Weise die Ausnahme dieser Regel, welche in l. 25. D. eod. gemacht wird:

> si dari stipuler id, quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.

Hieraus müssen wir doch mit Notwendigkeit folgern, dass wenn die erste Stipulation nicht anfechtbar, nicht „quasi nulla"

t, ‚ex posteriore stipulatione non obligabitur'; der Ausdruck ›bligabitur" lässt sich aber auch nicht, wie allenfalls das :enetur", verstehen als ‚nicht haften', im Sinne von ‚nicht ›ch einmal leisten müssen', sondern nur als ‚nicht verpflichtet erden', und dies lässt sich eben nur erklären aus der Uniltigkeit der zweiten Stipulation.

Unsere Auffassung wird auch nicht widerlegt durch 8. pr. D. h. t.:

> si Stichum dari stipulatus fuerim, et eum in mora promissor esset, quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata,

enn einmal lehren die römischen Juristen Tilgung der mora urch eine novandi causa eingegangene Stipulation, auch wenn eine Novation bewirkt wird (vgl. z. B. l. 72. § 1. D. 46, 3 — . 14. pr. D. h. t. etsi post moram Stichus in conditionalem bligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem leduci (scl. Stichum) obligationem putat); sodann kann hier iber gar keine Novation angenommen sein, denn wie die Fortexistenz der mora die Existenz einer Obligation voraussetzt, o setzt eine purgatio morae die Fortexistenz einer Obligation voraus, also kann hier die Obligation nicht getilgt sein, also keine Novation; vielmehr ist die zweite Stipulation — weil gleichlautend — ungiltig[1]). Salkowski bestreitet hier wieder lie Ungiltigkeit, wegen der „völligen Identität" liege aber „praktisch" nur „eine Obligation" vor; dies kommt auf dasselbe hinaus.

Für uns spricht dagegen weiterhin l. 58. D. 45, 1:

> .... qui actum stipulatur deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis fructum deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit.....

Weshalb ist hier ‚nihil actum'? Das iter ist im actus, die quinque in den decem enthalten, „in toto et pars continetur",

---

[1]) Vgl. Gide, l. c., S. 96, n. 2.

weil dies aber der Fall ist, so enthält die stipulatio posterior kein novum, weil sie aber kein novum enthält, bewirkt sie keine Novation (so auch Theophilus paraphr. ad § 3. J. 3, 19: nam si adimatur (quantitas), quoniam prior stipulatio erat decem aureorum, posterior vero quinque, non fit novatio, quia *illis* decem continentur quinque, neque quid novi secunda stipulatio habet); und weil sie keine Novation bewirkt, deshalb ‚nihil actum‘, deshalb ist sie ungiltig, denn eine Stipulation, welche den Inhalt einer früheren, sei es nun vollständig oder einen Teil wiederholt, ist juristisch zweeklos.

Auch l. 29. pr. D. 45, 1 ist hierher zu ziehen:

> scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summa sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit, ut mixta una summa, vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio; sed efficit, duas esse stipulationes.

Dies lässt sich doch wohl nur auf folgende Weise erklären: wenn ich zuerst stipuliere „Stichum dari“, sodann „Stichum et Titium dari“, so ist die letztere Stipulation in zwei zu zerlegen: ‚Stichum dari‘ und ‚Titium dari‘; die Stipulation Stichum dari wirkt, mangels eines novum, nicht novierend, ist deshalb ungiltig, es bleibt hier lediglich bei der ursprünglichen Stipulation Stichum dari; die andere Stipulation Titium dari aber ist eine selbständige Stipulation für sich; also: „duae stipulationes“. Würde dagegen erstere Stipulation neben der ursprünglichen bestehen können, so hätten wir ja drei Stipulationen! Merkwürdigerweise hat man diesen Schluss aus der cit. Stelle („*duae* stipulationes“) noch nicht gezogen.

Wir haben uns früher die Betrachtung der Darlehnsstipulation aufgehoben. Ich sagte oben, bei dieser scheine sich Salpius' Theorie der absorbierenden Kraft der Stipulationsklage am ersten zu bewähren. Weshalb? Wenn unmittelbar bei Hingabe eines Darlehns, ex continenti, eine Stipulation eingegangen wird, so verliert die numeratio in Anbetracht der Stipulation ihre selbständige Bedeutung, sie wird zur causa der Stipulation, es besteht sonach nur *ein* Kontrakt, und zwar

n Verbalkontrakt. Dies ist in den Quellen deutlich ausesprochen: l. 126. § 2. D. 45, 1:

quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.

6. § 1. D. h. t.:

cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est.

7. D. eod.:

cum pecunia data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci .... sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.

Iier könnte man also von einer „absorbierenden“ Wirkung eden, aber doch nur in gewissem Sinn, denn es macht sich mmerhin geltend, dass die Stipulation in der That doch zur Verbesserung, Verstärkung der Darlehnsobligation eingegangen wird,[1] nicht zur Tilgung: eine formell giltige Stipulation, welche keine Obligation (vgl. l. 9. § 6. D. 12, 1) oder keine materiell wirksame Obligation erzeugt (vgl. l. 9. § 5. D. eod.), absorbiert — im Unterschied zur Novationsstipulation (s. u.) — die condictio mutui nicht.

Wird die Stipulation erst ex post, nach der numeratio, geschlossen, so blieben die Römer dennoch — ich habe hier natürlich nicht den Fall der Novation vor Augen — bei der Auffassung einer einheitlichen Obligation stehen, nur dass sie für diese einheitliche Obligation einen doppelten Entstehungsgrund annahmen: l. 9. § 3. D. 12, 1:

.... haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, ‚sive conjunctim‘.

l. 52. pr. D. 44, 7:

obligamur aut re aut verbis aut simul utroque — § 3: re et verbis pariter obligamur, cum et res et interrogatio intercedit.

Weshalb nun diese besondere Behandlung der Darlehnsstipulation? Weshalb nicht Anerkennung zweier Obligationen? Die Darlehnsobligation unterscheidet sich von allen anderen materiellen Obligationen dadurch, dass sie ein stricti iuris negotium ist und deshalb eine condictio certi erzeugt; dies der

einzige Unterschied, hierin muss also der Grund der verschiedenen Behandlung liegen.

Eine condictio certi erzeugt nun auch die stipulatio, wir haben hier also zwei völlig identische condictiones certi, der Sache nach also dasselbe Verhältnis, wie bei zwei Stipulationen auf dasselbe Objekt! Dass hier die Stipulation nicht für ungiltig erklärt wird, wie dort die posterior stipulatio, erklärt sich hinreichend daraus, dass hier nicht zwei identische Kontrakte vorliegen, sondern doch immerhin das eine eine Dahrlehnsobligation, das andere eine Stipulationsobligation ist; deshalb wird die Thatsache, dass das römische Recht auch hier nicht zwei Obligationen nebeneinander bestehen lässt, theoretisch damit erklärt, dass im Fall des Abschlusses ex post eine obligatio re et verbis conjunctim (simul utroque) contracta vorliege.

Das zu Grunde liegende Prinzip scheint mir in beiden Fällen dasselbe zu sein: was juristisch zwecklos ist, hat vor dem Forum des römischen Rechts keine Geltung.

Wir stimmen also im Resultat mit Salpius hinsichtlich des einen Falles der stipulatio posterior überein, nicht aber billigen wir seine Theorie der allgemeinen Unzulässigkeit accessorischer Stipulationen.

Um nun zu unseren Novationsformeln zurückzukehren, so wird sich hier, wie gesagt, ein positiv sicheres Ergebnis kaum je feststellen lassen.

Wie dies aber im einzelnen sich verhalten mag, jedenfalls sehen wir die Novation in ihrer ursprünglichen Gestalt an als einen *reinen Formalakt*, der mit objektiver Rechtsnotwendigkeit die konsumierende Wirkung erzeugte. Aber wir dürfen wohl nicht so weit gehen wie Salpius, welcher annimmt, in der ältesten Zeit — er gibt nicht genauer an, wann wir uns dieselbe zu denken hätten — sei die liberatorische Wirkung vollständig unabhängig gewesen von der obligatorischen; es sei nicht einmal ein formell giltiger Formalakt notwendig gewesen. Damit würde die Kontinuität verloren gehen, während die römischen Juristen eine solche voraussetzen, indem sie die Novation als ein einheitliches Institut auffassen. Da Salpius seine Behauptung auch nicht

weiter begründet hat, so halten wir vielmehr als für die Novation zu allen Zeiten charakteristisch daran fest, dass eine Obligation getilgt wird eben dadurch, dass eine andere Obligation neu zur Entstehung gebracht wird.

Freilich ist letzteres für die alte Zeit nur in einem formellen Sinne zu verstehen, es ist nur erforderlich die äussere Korrektheit der Formel, also eine formell giltige Stipulation und mithin eine wenn auch nur formell giltige Obligation. Wenn dies aber der Fall ist, so schliesst auch dieser Umstand die Annahme eines animus novandi aus; freilich ist Czyhlarz[1]) anderer Meinung: aus der Thatsache, dass eine rein formell giltige Stipulation eine Novation bewirke, könne man in keiner Weise auf das Nichterfordernis des animus novandi schliessen, indem man die Frage: „wird jemand unter solchen Umständen die Absicht haben, die alte Obligation aufzuheben?“ die andere Frage entgegenstellen könne: „wird jemand unter solchen Umständen überhaupt eine Novationsstipulation schliessen?“. Aber diese ganze Fragestellung scheint mir verfehlt. Freilich kann jemand unter diesen Umständen die Absicht haben, die alte Obligation aufzuheben, und er kann deshalb auch unter diesen Umständen eine Novationsstipulation schliessen. Wenn aber, obwohl die Absicht des Stipulanten regelmässig auf einen wirklichen Ersatz gehen wird, nicht darauf, eine leere Form für seine ursprüngliche Forderung zu erhalten, trotzdem eine rein formell gültige Stipulation die Novation bewirkt, so folgt daraus, dass die Absicht der Parteien eben nicht das für die Entstehung der Novation Entscheidende ist.

Es handelt sich vielmehr um eine reine Formfrage: formell giltig ist eben diejenige Stipulation, welche in der Form regelmässig ist. Beispiele einer formell ungiltigen und sonach zur Novation nicht geeigneten Stipulation wären etwa die stipulatio: Stichum dare spondes? Gaium dare spondeo; oder die Stipulation eines bereits verstorbenen Sklaven[2]).

---

[1]) Czyhlarz, l. c., S. 372.

[2]) Salkowski, S. 425, zieht hierher auch die Stipulation, wodurch eine Schenkung unter Gatten bewirkt werden soll — indess wohl mit Unrecht.

Nur bei der Annahme, dass eine formell gültige Obligation zur Novation genüge, ist es auch verständlich, dass die alte Forderung nur civiliter untergeht, dagegen (eben wegen mangelnder materieller Befriedigung des Gläubigers) eine naturalis obligatio bestehen bleiben kann, wie sich dies u. a. aus l. 60. D. 46, 1, nach der, wie mir scheint, sehr annehmbaren Interpretation von Gide[1]) ergibt. Desgleichen erklärt es sich auf diese Weise, dass das Pfand der alten Schuld bestehen bleiben kann, ohne dass, ‚nova actione creditori opus est'; so behält in l. 13. D. 16, 1, der Gläubiger, welcher durch die (unwirksame) Interzession einer Frau um seine Forderung gekommen ist, die Pfandklage. Betrachten wir nun die einzelnen Fälle, welche uns Belege geben für die Behauptung, dass auch eine stipulatio inutilis, eine formell gültige, materiell unwirksame Stipulation gleichwohl zur Novation genügte.

1. Stipulation von einem Pupillen ohne dessen Tutor: Die Form der Stipulation ist hier in Ordnung, die Stipulationsworte werden von einer dazu fähigen Person ausgesprochen; zur Form gehört auch die Fähigkeit des Handelnden, in dieser Form zu handeln, der Pupill ist nun fähig zur Stipulation, er kann mit Wirksamkeit die Stipulationsverba sprechen: nur bedarf es zur vollen Wirksamkeit seiner Stipulation der auctoritatis interpositio seitens des Tutors, diese auctoritatis interpositio vollzieht sich aber ausserhalb der Stipulationsworte. Materiell ist diese Obligation unwirksam, weil der Pupill allein sich nicht civilrechtlich wirksam verpflichten kann; dennoch geht die alte Obligation unter.

2. Stipulation von einer Frau ohne auctoritas des Geschlechtsvormundes. Dieser Fall steht dem vorigen gleich: auch hier reicht die formell gültige Obligation zur Bewirkung der Novation aus.

3. Stipulation: quod mihi debes, post mortem tuam dari spondesne? Auch diese Stipulation ist formell in Ordnung, aber materiell ist sie unwirksam, weil bei Lebzeiten des

---

[1]) l. c., S. 73 ff.

Schuldners keine Klage angestellt werden kann, da ja der Verfalltag noch nicht gekommen ist; nach seinem Tode aber auch nicht, denn ab haeredis persona obligationem incipere non posse (Gaius III. 100). Hier erhält der Gläubiger materiell gar nichts, dennoch geht die alte Obligation unter.

4. l. 91. D. 46, 3.: Debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberari ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causa stipuleris; quod etiam si acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te doli mali praescriptio excludet. Ich kann meinen Schuldner auch gegen dessen Willen befreien, indem ich von einem Dritten stipuliere: quod Titius mihi debet, id dare spondesne? und sodann dem Dritten die Schuld durch acceptilatio erlasse. In Betracht kommt der Zeitpunkt zwischen Stipulation und Acceptilation; der neue Schuldner ist mir nicht rechtswirksam verpflichtet, er würde meine Klage durch exceptio doli vereiteln können; die neue Obligation ist also eine rein formelle ohne jeden materiellen Wert: dennoch genügt sie zur Novation, die alte Schuld wird getilgt, statim res peribit[1]).

5. l. 8. § 11. l. 14. D. 16, 1: Eine Frau verspricht mir, was mein Schuldner mir schuldet; auch hier formell gültige Obligation, denn die Frau kann ja stipulieren, ist fähig zur Stipulation, nur interzedieren soll sie nicht, und die Interzession ist nicht nichtig, sondern kann nur entkräftet werden, indem der Frau exceptio und condictio zustehen. Die Stipulation erzeugt also keine materiell wirksame Obligation, dennoch ist die alte Forderung erloschen.

6. Ebenso wird das Rechtsverhältnis für alle correi aufgehoben, auch wenn eine Interzession gegen das sc. Velleianum vorliegt und deshalb keine materielle Befriedigung bewirkt wird.

7. Eine bedingte Novationsstipulation bewirkt sofort eine Novation, bringt die alte Obligation sofort zum Erlöschen,

---

[1]) Von einem ‚abwesenden' Schuldner ist hier gar nicht die Rede, wie Gide meint, sondern Paulus wendet sich in dieser Stelle gegen eine Behauptung Labeos, dass ein anwesender Schuldner nicht wider seinen Willen befreit werden könne.

einerlei ob nachher die Bedingung defiziert und der Gläubiger also materiell nichts hat (vgl. über diesen Fall unten).

Da sonach die obligatorische Wirkung vorhanden ist, es sich aber nur in einem rein formellen Sinn um Begründung einer neuen Forderung handelt, so ergibt sich hieraus, dass eine Auffassung, mit welcher wir uns später noch zu beschäftigen haben, für das ältere Recht jedenfalls nicht zutrifft. Die Novation in ihrer ursprünglichen Gestalt lässt sich nicht charakterisieren als solutio, noch weniger als datio in solutum, denn an ersteres könnte man noch eher denken wegen der Identität des Gegenstandes (s. u.); die Auffassung derjenigen, welche dis Novation schlechtweg unter den Begriff der datio in solutum bringen (so Witte, Fitting u. A.) ist sonach für das ältere Recht entschieden zu verwerfen.

Es muss zwar eine neue Obligation erzeugt werden, aber auf den materiellen Wert oder Unwert derselben kommt es gar nicht an, dieser hat keinerlei Einfluss auf die liberatorische Wirkung; ob die neue Obligation dem Gläubiger irgend welchen Nutzen bringt, ist einerlei. Die Obligation erlischt hier durch einen formellen Akt. Allerdings wird regelmässig dem Gläubiger ein Acquivalent verschafft für den Verlust seiner alten Forderung, allerdings wird regelmässig durch die Aufhebung eine neue, nicht nur formell gültige, sondern auch materiell wirksame Obligation erzeugt werden. Aber dies ist nur gewissermassen ein Accidentale, nicht aber ein Essentiale des Aktes; auch wenn die Novation, wie in der Regel, erfolgt mit dem animus des Gläubigers einen Vorteil zu erlangen, seine Befriedigung zu erhalten, so geht die Forderung doch auch dann unter, wenn die stipulatio eine inutilis ist. Aber während bei der Novation es auf die Befriedigung des Gläubigers nicht ankommt, liegt auf derselben bei der datio in solutum der Nachdruck (wie sich u. a. in der Haftung für Eviktion zeigt). Nur faktisch wird im älteren Recht die Novation in der Regel auch zur Befriedigung geführt haben, aber die Tilgung der Forderung erfolgte nicht um der Befriedigung willen und war nicht abhängig von dieser Befriedigung, sondern die Begründung der Stipulation erfolgte um der Aufhebung willen und sie bewirkte

diese unabhängig davon, ob sie eine materielle Befriedigung des Gläubigers in sich enthielt. Von einer satisfactio des Gläubigers im weiteren Sinne kann man freilich auch hier reden, denn die Forderung wird — abgesehen vom Fall des Irrtums — mit seinem Willen aufgehoben und durch eine Stipulation ersetzt: in dem Sinne der l. 9. § 3. D. 13, 7: satisfactum accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum . . . . videre ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit. Mit der satisfactio ist aber keine juristische Charakterisierung gegeben, sondern nur ein psychologisches Moment bezeichnet. Auch wir gebrauchen den Ausdruck er ist „befriedigt" nicht nur in dem Sinne, dass Jemand wirklich erhalten hat, was ihm gebührt, sondern auch in der Bedeutung ‚er hat sich zufrieden gegeben'.

Die eben angeführten Beispiele verdanken wir zum grossen Teile Gaius; daneben finden sich aber bei ihm Punkte, welche eine besondere Betrachtung verlangen. Gaius lehrt nämlich (III. 176): interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollitur; und führt hierfür drei Beispiele (veluti si) an. Er berichtet uns aber gleichzeitig, dass Servius Sulpicius (ein Zeitgenosse Ciceros) ein anderes Prinzip vertrat: ‚consequenter respondit'; ein Prinzip, welches nicht mehr festgehalten wird: alio iure utimur. Dass in Gaius' Institutionen, einem kurzen Lehrbuch, in der Ansicht des Sulpicius nicht die isolierte Ansicht, ein besonderer Einfall des Sulpicius mitgeteilt wird, sondern sie nur mitgeteilt wird und mitgeteilt werden kann als eine verbreitete und in gewisser Zeit dominierende, ist zweifellos. Gaius teilt uns nur einige besonders bedeutsame Fälle mit, in denen sich diese Differenz praktisch äusserte; aber nach den Ausdrücken ‚consequenter respondit' und ‚alio iure utimur' dürfen wir annehmen, dass dieselbe sich hierin nicht erschöpfte. Was können wir aus den überlieferten Differenzen entnehmen? in welchem Sinne, in welcher Richtung bewegt sich die Änderung der Auffassung? Die bezüglichen Fälle sind folgende:

1. Stipulation von einem Sklaven soll nach Sulpicius eine Novation bewirken, nach Gaius nicht mehr. Weshalb?

Sulpicius vertrat einen noch formalistischeren Standpunkt: rein äusserlich die Formelworte: ‚spondesne — spondeo‘ sind ja, mögen sie auch von einem Sklaven gesprochen sein, korrekt; man mochte den Fall als ganz gleichartig demjenigen des Pupillen an die Seite gestellt haben. Gides Erklärung, man habe wohl auf die naturalis obligatio Gewicht gelegt, ist nach seiner eigenen Auffassung der Entwicklung absolut zu verwerfen. Später wurde man sich dann bewusst, dass zur Form einer Handlung auch die Fähigkeit der Person gehöre, dass ein Unterschied sei zwischen der Stipulation eines Sklaven, welcher unfähig ist, sich durch Stipulation civilrechtlich zu verpflichten, und der Stipulation eines Pupillen, welcher, wenn er nur den Beistand des Tutors hatte, vollkommen fähig dazu war; der Sklave war aber ‚ἀπρόσωπος‘, es ist im Falle der Stipulation von einem Sklaven: ac si a nullo stipulatus fuissem. Zu Gaius Zeit erschien also eine derartige Stipulation als formell unvollkommen und deshalb bewirkte sie keine Novation, obwohl die Stipulation mit dem Pupillen eine Novation herbeiführte, und dort doch auch eine naturalis obligatio entstand[1]).

Wir sehen an diesem Fall aber zugleich, dass eine Stipulation, welche eine Befriedigung des Gläubigers in sich trägt, welche aber formell unvollkommen ist, doch keine Novation zu bewirken im Stande ist: eine Befriedigung verschafft hier die Stipulation dem Stipulanten ja, einmal in der erzeugten naturalis obligatio, sodann kann er auch eine Klage gegen den Herrn erwerben. Letzteres bestreitet freilich Czyhlarz[2]); aber in l. 30. § 1. D. 2, 4 ist unzweideutig gesagt, dass eine Klage (actio de peculio) gegen den Herrn gegeben sein kann, nämlich: ‚si iustam causam intercedendi servus habuit‘, dennoch keine Novation: es wird dem alten Schuldner eine exceptio gegeben, also ist die alte Schuld nicht noviert.

[1]) Die übliche Erklärung (vgl. u. A. Witte), es hätten hier deshalb andere Grundsätze gegolten als beim Pupillen, weil die Eigenschaft eines Sklaven schwer zu erkennen gewesen sei, dürfte wenig einleuchtend sein.

[2]) l. c., S. 359 f.

2. Stipulation von einem Peregrinen. Dieser Fall steht dem vorigen gleich. Die Stipulation ist formell unvollkommen, weil die Formel ‚spondes' ausschliesslich für cives Romani bestimmt war. Ob in älterer Zeit hier auch die entgegengesetzte Auffassung bestand, wird uns nicht berichtet, wir können es aber vermuten, bestand doch auch hinsichtlich der Frage, ob Verbürgung durch sponsor und fidepromissor möglich sei, dieselbe Kontroverse bei der sponsio eines Peregrinen wie bei derjenigen eines Sklaven.

Auch hier rettet die eventuelle materielle Befriedigung des Gläubigers nicht vor der Unwirksamkeit, kann doch nach griechischem etc. Recht sehr wohl eine Klage gegeben sein; wenn Czyhlarz es für zweifelhaft erklärt, ob in einem solchen Fall nach „peregrinischem Recht" eine Klage gegeben worden sei, so ist der Ausdruck „peregrinisches Recht" eben sehr zweideutig: nach ius gentium d. h. nach römischem Recht war natürlich keine Klage gegeben, wohl aber konnte eine solche nach ausländischem Recht gegeben sein, z. B. nach griechischem Recht, weil hier der einfache Konsens eine Klage erzeugen konnte.

3. Der charakteristischste Fall: Stipulation unter einer Bedingung. Die bedingte Stipulation ist formell gültig, also sofortige Novation, einerlei, ob später die Bedingung defiziert, oder sich erfüllt. Dies war die konsequente Anschauung der älteren Zeit, wie wir sie früher kennen gelernt haben. Anders Gaius: erst und nur bei Eintritt der Bedingung soll eine Novation bewirkt werden, defiziert die Bedingung, so ‚durat prior obligatio'; zur Zeit des Eintritts der Bedingung mussten also die Voraussetzungen einer gültigen Stipulation vorhanden sein, was besondere praktische Bedeutung hat, wenn eine spezies inzwischen untergegangen ist (l. 14 pr. l. 31 pr. D. h. t.). Man will diese Differenz zwischen Gaius und der ältern Theorie zurückführen lediglich auf eine verschiedene formelle Auffassung: die Stipulation und die Formel hätten nach Gaius' Anschauung erst mit Eintritt der Bedingung „juristische Existenz" erhalten; bis dahin „il n'y a en droit ni stipulation ni formule" (?) (Bufnoir, Gide). Ich erachte dies für nichtig, vielmehr muss man wohl annehmen, das Gaius' Entscheidung

auf dem Gesichtspunkt materieller Befriedigung des Gläubigers beruht, und da auf eben diese regelmässig der Parteiwille geht — in gewissem Umfange auf Anerkennung dieses Willens. Dafür spricht mir Gaius' Zusatz: wenn die Bedingung defiziere, so müsse man zusehen, ob nicht dem Gläubiger, welcher aus der ersten Forderung Klage erhebt, eine exceptio doli oder pacti conventi entgegen stehe, ‚quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit conditio'. Gaius berücksichtigt auch sonst das pactum videri, so l. 30 § 1. D, 2, 14: es hat jemand, was ihm der Titius schuldet, sich von einem Sklaven versprechen lassen und klagt nun gegen den Titius: ‚pactus videtur ne a Titio petat'. Im Falle einer bedingten Stipulation von einem anderen als dem ursprünglichen Schuldner, entscheidet Gaius (l. 30 § 2 D. eod.) umgekehrt: ‚magis est, exceptionem non esse opponendam'. Diese verschiedenen Entscheidungen lassen sich nur erklären als Auslegung dessen, was die Parteien im einen und im andern Falle gewollt haben. Speziell bei einer bedingten Novation (insbesondere bei Eintritt eines neuen Schuldners!) geht der Wille der Parteien nicht immer dahin, die alte Schuld (den alten Schuldner) unbedingt aufzugeben, was die Konsequenz der Auffassung des Sulpicius war. Man kann also in Gaius Entscheidung wohl eine gewisse Berücksichtigung des unter der Form und gegen die Form sich durchringenden Willens der Parteien sehen. Aber gleichzeitig ist aus dieser Behandlung der bedingten Novation ersichtlich, dass auch zu Gaius Zeit das Massgebende die Form ist: Gaius kann der vermutlichen Intention der Parteien nur dadurch einigermassen Geltung verschaffen, dass er ein allgemeines Prinzip aufstellt, dem absoluten Prinzip das Sulpicius ein anderes, ebenso absolutes entgegenstellt: die Form der bedingten Stipulation noviert immer erst und nur bei Existenz der Bedingung; nie kann sie sofort definitiv novieren; einem abweichenden Willen der Parteien kann nur auf dem Wege der exceptio (s. o.) zur Realisierung verholfen werden.

Wir finden also bereits bei Gaius eine gewisse Tendenz, die Fragen nicht mehr rein äusserlich, formalistisch aufzufassen,

sondern die Parteiintention eine gewisse Berücksichtigung finden zu lassen.

Die oben aufgeführten Beispiele. verbunden mit den früheren, geben nun auch an die Hand, dass die herrschende Ansicht Unrecht hat, wenn sie gegen die Auffassung, dass die Form über den novatorischen Effekt entscheide, sich auf Paulus, l. 1. § 1. D. h. t. beruft:

novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter,

und gestützt auf diesen Ausspruch behauptet, das Entstehen einer wirksamen Obligation, zum mindesten einer naturalis obligatio, sei entscheidend dafür, ob Novation eintrete oder nicht. Wir haben einerseits Fälle kennen gelernt, wie in der Interzession einer Frau, den Fall der l. 91, wo keine wirksame Obligation, auch keine naturalis obligatio entsteht und doch eine Novation bewirkt wird; und andererseits haben wir in der Stipulation mit dem Sklaven einen Fall kennen gelernt, wo trotz des Entstehens der naturalis obligatio keine Novation eintritt. Paulus will vielmehr sagen, die neue Obligation soll entweder ‚civiliter tenere', d. h. vom Standpunkt des formellen ius civile einen Bestand haben, so ist es der Fall bei der Interzession der Frau, deren Verpflichtung ja erst durch exceptio entkräftet wird, oder ‚naturaliter tenere': so beim Pupillen. Die anderen Fälle waren zu Paulus Zeit zum Teil verschwunden (s. u.) zum Teil mangelt es bei ihnen am ersten Erfordernis, welches auch Paulus aufführt in den Worten: ‚verbis', d. h. an der Formel, an der formell gültigen Obligation.

Wir haben im Vorigen den Stand der Lehre zu Gaius' Zeit ins Auge gefasst; ehe wir von Gaius aus der nächstfolgenden Zeit uns zuwenden, versetzen wir uns für einen Augenblick in das justinianische Recht, überspringen wir im Geiste die vier Jahrhunderte von Gaius bis Justinian, um für einen Moment das Endziel unseres Weges zu betrachten. In dem, in der c. 8. C. h. t. enthaltenen kaiserlichen Gesetz sehen wir den Grundsatz aufgestellt: b) Umbildung zur Novation des justinianischen Rechts.

voluntate solum esse, non lege novandum,

also die Entscheidung soll im animus der Parteien liegen. Dasselbe sagen zahlreiche, im corpus iuris enthaltene Stellen aus; in manchen derselben sind die bezüglichen Aussprüche mehr oder minder erkennbar eingeflickt; in gewissen Exzerpten aus Schriftstellern der späteren Kaiserzeit aber rühren sie zweifellos von diesen selbst her: so in Stellen Papinians l. 28. D. h. t. und besonders l. 4 pr. D. 22,1; in Stellen von Paulus, l. 91. § 6 D. 45, 1 — l. 27. § 2 D. 2, 14; von Ulpian l. 8 § 1 D. h. t. etc. Aus diesen und anderen Stellen springt uns der animus novandi, das hoc actum est, ut novetur ins Auge.

Wie ist diese Umwälzung der Novationslehre zu erklären? Bei Gaius finden wir eine schüchterne Berücksichtigung des animus, bei Justinian hat er den Sieg errungen, in dem ‚non lege sed animo novandum' feiert er seinen vollständigen Triumph — Triumph worüber? — über die Form!

Dass eine solche Änderung nicht mit einem Schlage geschah, nicht durch ein kaiserliches Gesetz dem Rechtsleben aufgezwungen wurde, dürfen wir schon ohne Weiteres annehmen, und die Zeit von Gaius bis Justinian ist ja auch lang genug, um Raum für eine allmähliche Entwicklung zu lassen.

Aber dieser ganze Zeitraum ist — soweit er unsere Frage betrifft — in ein Dunkel gehüllt, welches nur von Gaius aus vorwärts hin, von Justinian aus nach rückwärts mit einigen Strahlen erleuchtet wird.

Da wir bisher in der Grundauffassung Salpius' Ansicht geteilt haben, so liegt es uns am nächsten, zu untersuchen, wie er sich den Übergang zum späteren Recht vorstellt und zu welchen Resultaten er bei seiner Entwicklung gelangt[1]).

Wir haben schon gesehen, dass Salpius accessorische Stipulationen für die ältere Zeit leugnet; hören wir ihn nun weiter![2])

---

[1]) Gide, welcher ja auch die Anschauungen von Salpius teilt, folgt, wie er für das ältere Recht in allen wesentlichen Punkten von Salpius abhängig ist, so auch in der weiteren Entwicklung diesem ziemlich blindlings nach. Deshalb brauchen wir uns mit ihm speziell nicht zu beschäftigen.

[2]) Salpius, § 36—38, 40—41.

Stipulationen, welche nicht Novationsstipulationen waren, wirkten absorbierend auf die materielle Verbindlichkeit, deshalb haben sie im äusseren Erfolg eine grosse Ähnlichkeit mit Novationsstipulationen, nur dass in einem Fall Konsumtions-, im anderen Absorptionswirkung eintrat. Es wurde deshalb schon früh diese „Einkleidung“ der materiellen Verbindlichkeit in eine Stipulation mit dem Namen ‚novatio‘ belegt. Dasselbe fand statt bei zwei aufeinanderfolgenden „materiellen“ Stipulationen, d. h. Stipulationen, welche den Parteiwillen vollständig wiedergaben. Die „materiellen“ Stipulationen sollen „keine formell obligatorische Wirksamkeit besessen“, sondern „den Charakter materieller Rechtsgeschäfte gehabt haben“, sodass bei ihnen „der Gegensatz zwischen Formalakt und causa obligationis verschwand“. Nachdem im späteren Recht die Möglichkeit accessorischer Stipulationen anerkannt worden war, fasste man die ‚Absorption‘ als eigentliche Tilgung auf, und auf diesen Tilgungsakt wurde jetzt der Name novatio allgemein übertragen. Ob diese Tilgung eintrat, oder die Stipulation accessorisch neben die ursprüngliche Verbindlichkeit trat, hing jetzt vom Parteiwillen ab, also war diese neue ‚novatio‘ stets ein Produkt dieses Willens. Das neue Institut wirkte dann zurück auf das alte, sodass auch hier theoretisch der animus novandi gefordert wurde; man half sich aber in den formellen Novationsfällen des alten Rechts mit einer Fiktion dieses animus.

Wir sehen, die ganze Argumentation ist aufgebaut auf die angebliche Absorptionswirkung der Stipulation; indem wir diese nicht anerkennen, fällt uns die ganze Konstruktion von Salpius zusammen. Übrigens erscheint mir diese Entwicklung einer ‚neuen‘ novatio neben der alten, mit welcher sie nur die „ähnlichen Wirkungen“ und den Namen gemeinsam hat, und welche dann ihre freieren Grundsätze auf das alte Institut überträgt, sehr künstlich. Ebenso muss ich der Auffassung der „materiellen“ Stipulationen entschieden widersprechen: diese Stipulationen behalten ihre formell obligatorische Wirkung, es bedarf zu ihrer Entkräftung einer exceptio; der Gegensatz zwischen Formalakt und causa obligationis verschwindet nicht, sondern die Stipulation zerstört immer die synallagmatischen

Beziehungen der Parteivereinbarungen, und sie muss dies thun in Folge ihres einseitigen formellen Charakters. Das materielle Rechtsgeschäft ist *immer* lediglich causa; auch wenn die Stipulation „den Inhalt des konkreten Parteiwillens in allen seinen Bestandteilen reproduziert“, erzeugt sie doch eine abstrakte Forderung, welche nur mittelst einer aus der causa entnommenen Anfechtung vereitelt werden kann.

Diese „materiellen“ Stipulationen sollen nun nach Salpius im justinianischen Recht die einzig möglichen gewesen sein, indem die abstrakten Stipulationen zur Novation unfähig geworden seien, weil bei ihnen „die Reproduktion des Inhalts der früheren Obligation“ fehle.

Auch dem kann ich nicht beistimmen, das Gegenteil bekundet vor allem die in l. 4. pr. D. 22. 1. (Papinian) besprochene Stipulation rem dari vacuamque possessionem tradi, wo jedenfalls von einer Novationsstipulation die Rede ist, mag der ‚animus novandi‘ von Papinian herrühren oder interpoliert sein; auch sonst finden sich im corpus iuris Beispiele von abstrakten Stipulationen, bei welchen man eine novierende Wirkung wohl annehmen darf (vgl. l. 20. D. 14. 6. — l. 8. § 1, l. 14. § 1. D. h. t.); an eine abstrakte Stipulation mit der Möglichkeit der Novationswirkung muss man wohl auch bei l. 29. D. h. t. denken.

Im Übrigen zerreisst Salpius[1]) die Novation für das justinianische Recht in zwei Bestandteile, einen obligatorischen Vertrag in Form der Stipulation und einen formlosen liberatorischen Vertrag, welch' letzterer die Stipulation „begleitet“, von dem Obligationsakt gesondert ist; beide Bestandteile sind „unabhängig“, stehen aber doch im Zusammenhange.

Der animus novandi erscheint danach als eine Art von pactum de non petendo, nur in besonderer Form. Aber dem gegenüber muss man m. E. daran festhalten, dass die liberatorische und die obligatorische Wirkung in einem Bedingungsverhältnis stehen; gibt man dieses auf, so dürfte die Novation überhaupt ihre Existenzberechtigung verlieren! Die Stipulation

[1]) Salpius, S. 273, 336—40, 428 f., 493 ff.

soll die alte Schuld „mit allen ihren Ursprungseigenschaften und Besonderheiten reproduzieren“, so dass „Kaufgeld = Kaufgeld bleibt“ etc. Aber „neben“ der Novationsstipulation entstehe ein „neues obligatorisches Fundament“, der neue Konsens bilde den „selbständigen Rechtsgrund des zweiten Vertrages“, dieses neue selbständige Klagfundament soll nur wie eine Zahlung anfechtbar sein nach den Grundsätzen der condictio indebiti.

Aber die konsumierende Wirkung knüpft sich nach wie vor an die Novationsstipulation, der animus novandi kann nur entscheidend sein für die Frage, ob eine Novationsstipulation vorliegt. Die ganze Salpius'sche Auffassung der Novation im justinianischen Recht scheint mir widerspruchsvoll zu sein (darüber, dass er in einem Versprechen mit Bezugnahme auf eine alte Schuld einen „Agnitionsvertrag“ sehen will, vgl. u.).

Ich wende mich wieder der Frage des Übergangs zu. Salpius' Anschauung, der die weitere Entwicklung aus dem Aufkommen accessorischer Stipulationen herleitet, haben wir nicht teilen können; wie sollen wir uns den Übergang, an dessen Existenz füglich nicht zu zweifeln ist, erklären?

Mit dem allgemeinen *Verfall der Formen*[1]). Der strenge Formalismus beherrscht die älteste Epoche, allmälig wird die Starrheit der Form gemildert, die einzelnen Formeln verwischen sich, man sieht mehr und mehr das Unterscheidende und Entscheidende im Inhalt, damit wird Raum gegeben für eine Interpretation des Willens und somit ist schliesslich massgebend der Wille. All' die alten solennen Akte sind in späterer Zeit entweder verschwunden (nexum, litterarum obligatio), oder sie haben sich doch ihrer solennen Form entledigen müssen. Auch bei ihnen hat sich der materielle Inhalt Bedeutung verschafft, dem die Form jetzt nur noch wie ein Gewand umgehängt wird, welches eben nur gewissermassen zur Legitimation dient, nicht mehr aber sein Wesen ausmacht.

So ist es auch mit der Stipulation gegangen. Die scharfe Abgrenzung der einzelnen Formeln, so der Adpromissions-Fideijussions-Novationsformeln, hat sich verflüchtigt, sie sind in

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Gide, S. 171 ff.

einander geflossen. Die Abgrenzung der Novationsstipulationen und der accessorischen Stipulationen wurde wohl insbesondere dadurch eine unsichere, dass bei der Bürgschaftsstipulation ebenso wie bei der Novationsstipulation das Objekt auch in relativer Weise ausgedrückt werden konnte: quod Titius debet . . . . . und da man es mit dem Wort ‚fide jubes‘ wie all' den verba sollennia nicht mehr streng hielt[1]), sondern auch ‚promittis‘, ‚dabis‘ gestattete, so konnte im einzelnen Falle die Entscheidung schwierig sein (vgl. z. B. l. 55. D. 46, 1. — l. 122. § 4. D. 45, 1). Am längsten mochte sich die Formel: ‚quidquid dare facere oportet‘ mit formell konsumierender Kraft erhalten, wie denn bei der stipulatio Aquiliana, im justinianischen Recht vielleicht der einzige praktische Fall dieser Formel, der animus novandi nie besonders zur Sprache kam — eine Bestätigung für die Annahme, dass die stipulatio ‚specialis‘ (Cujacecius) die Novationsstipulation κατ' ἐξοχήν war. Indem aber im allgemeinen die Formeln ihre charakteristische Ausprägung verloren, wodurch sollte man die Novationsstipulation von einer anderen Stipulation unterscheiden? Doch lediglich durch den Willen der Parteien, indem man erforschte, quid actum sit. So kam man mit Notwendigkeit dazu, den Schwerpunkt auf den animus zu legen: dieser entschied fortan, ob novatorische oder accessorische Stipulation. Indem die Formel nicht mehr das Massgebende war, brauchte auch die Identität nicht mehr in ihr ausgedrückt zu werden, und es konnte deshalb auch eine Stipulation auf certa pecunia novierende Kraft erhalten. Wir haben schon oben Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, dass Ulpian die Formeln nicht mehr auseinanderhält: er findet keinen Anstoss daran, dass ‚idem‘ spondes oder ‚fidejubes‘ für eine Novationsstipulation gebraucht wird (l. 6. pr. D. h. t. — l. 3. D. 45, 2); ihm ist das allein Massgebende: si hoc agitur ut novetur; er spricht diesen Grundsatz allgemein aus in l. 2. D. h. t.:

> omnes res transire in novationem possunt . . . ., dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut

[1]) Vgl. auch Salkowski, S. 236 ff.

novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur duae erunt obligationes.

Wir sehen also zu Ulpians Zeit, im dritten Jahrhundert, und jedenfalls gefördert durch Ulpian und seinen Zeitgenossen Paulus, die entscheidende Wendung sich vollziehen.

Dem allgemeinen Formenverfall entspricht das allmähliche, immer weiter gehende Verblassen der Stipulationsform: allgemein wurde schriftliche Redaktion üblich, wobei nur am Schluss die Klausel: spopondit, stipulatus est angehängt wurde; der Ausdruck cautio, der in der späteren Zeit regelmässig Schrift bedeutete, wurde geradezu für die Stipulation gebräuchlich. Die Benutzung der Stipulationsformeln durch Peregrinen wurde (mit Ausnahme der sponsio) als wirksam anerkannt (l. 1. § 6. D. 45, 1); der Gegenstand durfte in Frage und Antwort verschieden bezeichnet werden (l. 65. § 1, l. 136. pr. D. 45, 1); man vgl. auch l. 1. § 2. D. 45, 1:

si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est ut obligetur.

Kaiser Leo gestattete sodann (c. 10. C. 8, 38) den Gebrauch beliebiger Ausdrücke, welche nicht mehr kongruent zu sein brauchten; die einzige Form, falls man dies überhaupt eine Form nennen kann, war sonach die Gegenwart der Parteien, und auch diese wurde durch Fiktionen entbehrlich gemacht (vgl. c. 14. C. 8, 38), sodass Justinian das Sprechen der Stipulationsworte als eine substilis immo magis supervacua observatio bezeichnen konnte, quae ab aula concessit.

In der Form aber ruhte die Kraft der Stipulation; indem die Formeln elastisch und lax wurden, wurden sie machtlos. Diese Abschwächung der Stipulationskraft spricht sich aus in dem allgemeinen Satz, den Paulus formuliert: *omnes* stipulationes esse cautionales....

Von besonderem Einfluss auf die Abschwächung der Formenstrenge aber war die Verleihung des römischen Bürgerrechts an alle freie Einwohner des Reiches durch Carracalla[1]). Damit wurde das römische Recht mit einem Schlag das all-

---

[1]) Vgl. Mitteis, „Reichsrecht und Volksrecht“, 1891, T. II, c. 6.

gemein gültige. Aber die altgewohnten und im Leben eingewurzelten Rechtsformen der peregrinischen Volksrechte, wenn auch offiziell durch das römische Recht ersetzt, erwiesen sich doch noch wirksam, einmal indem sie — subsidiär wenigstens — als partikuläres Gewohnheitsrecht sich behaupteten, sodann aber führten sie auch da, wo sie infolge des primär unbedingt geltenden Reichsrechts formell nicht mehr zur Geltung kommen konnten, doch zu einer Abschwächung, einer Art Abschleifung der strengen Formen des Civilrechts.

Die Novation erscheint also infolge der erwähnten Einwirkungen nicht mehr als eine formelle, infolge des Gebrauches bestimmt konstruierter Formeln mit Notwendigkeit sich vollziehende Tilgung, sie ist kein Formalakt mehr; wenn man die Parteiabsicht beachtet und diese auf Ersatz einer Forderung durch eine andere gültige geht, so tritt der Gedanke materieller Befriedigung in den Vordergrund, die Novation bekommt den Charakter der Zahlung (s. u.).

Wie die Existenz, so richtet sich auch der Umfang des Tilgungseffektes nach dem Willen der Parteien: „quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest“, wie Papinian in der schon erwähnten l. 4. § 1. D. 22, 1 es allgemein ausspricht. Salpius will dies freilich ‚dem Erfolg nach‘ nicht gelten lassen, aber wenn geltend gemacht wird, dass die liberatorische Wirkung oft weiter geht als die obligatorische, so ist dem entgegen zu halten, dass, soweit der liberatorische den obligatorischen Effekt übersteigt, wir eben keine Novation mehr haben, sondern Schenkung etc. Die l. 4 dient mir aber zugleich als Stütze für die obige Auffassung, denn aus Papinians Grundsatz lässt sich wieder schliessen, dass, wenn die Parteien es in der Hand haben, mehr oder weniger der alten Schuld in die Novation hinein zu ziehen, dann keine festen Formeln mehr bestehen können, sondern dieselben je nach dem einzelnen Fall verschieden lauten können; und in der Art und Weise, wie Papinian den Willen der Parteien als das Entscheidende zu erforschen sucht und in der Interpretation des mutmasslichen Parteiwillens (. . . . stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus promisisse . . . . sed tamen propter

illa verba .... potest dici ....), sehen wir eine ganz andere freie Handhabnng der Novationsstipulationen. Aus dem Vorhergehenden ergibt sich zugleich, dass eine blos formell giltige Stipnlation konsequenter Weise nicht mehr genügen kann. In der That ist von den früher aufgezählten Fällen, in welchen eine solche zur Novation ansreichend war, im justinianischen Recht die Mehrzahl verschwunden: die Stipnlation von einer Frau ohne ihren Tutor, weil die Geschlechtsvormnndschaft der Frauen in der byzantinischen Zeit beseitigt ist; die stipulatio post mortem, weil der Grundsatz ab heredis persona obligationem incipere non posse im justinianischen Recht aufgegeben ist. Nur ein Fall ist erhalten: Die Stipnlation von einem Pnpillen ohne dessen Tntor; aber dieser Fall liess sich anch bei der veränderten Anffassung anfrecht erhalten, entstand doch eine natnralis obligatio. In unserer Anschauung kann uns auch der Umstand nicht irre machen, dass in den Institntionen die Lehre des Gains wiederholt wird: interdum prima obligatio tollitur, licet posterior stipulatio inutilis sit; denn während Gaius noch drei Fälle anführt, weiss Justinian nur den einzigen anzugeben, auf diesen ist das ‚interdum' znsammengeschrumpft. Und in diesem einen Fall ging die alte Obligation nnter, nicht — wie im älteren Recht — weil eine formell giltige nene Obligation vorlag, sondern jetzt mochte man den Untergang damit rechtfertigen, dass der Gläubiger doch immerhin eine gewisse Befriedigung in der natnralis obligatio erhielt. Betonte man die naturalis obligatio, so hatte freilich die verschiedene Behandlnng der Stipulation von dem Pnpillen und der Stipulation von dem Sklaven keinen Sinn mehr; in der verschiedenen Wirkung beider sehen wir, wie in manchen anderen Punkten der Novationslehre, stehengebliebene Konsequenzen des alten Rechts vor nns, welche — wie anch auf anderen Gebieten der römischen Rechtsentwicklnng — als Trümmer und zugleich als Zeugen eines überwundenen Rechtsstandpnnktes erhalten geblieben sind.

Wie man aber in der Theorie zur Zurücksetznng der Form und zur Betonung des animus kam, so war auch die Entwicklnng der Praxis anf die Entkräftung der Form gerichtet.

Das alte formale Prinzip führte offensichtlich zu Unbilligkeiten mannigfacher Art, denen gegenüber das prätorische Recht, das Billigkeitsrecht, eingegriffen hat, und zwar in doppelter Richtung:

einmal wurde in denjenigen Fällen, in denen die alte Forderung untergegangen war, ohne dem Gläubiger materielle Befriedigung zu verschaffen, durch eine blosse Form, die alte Forderung wieder hergestellt, dem Gläubiger Restitution gewährt, eine actio restitutoria; so falls in der Novation eine Interzession einer Frau lag, so dass die neue Obligation durch exceptio sc. Velleiani entkräftet werden konnte, so auch im Falle mehrerer correi;

andererseits wurde in denjenigen Fällen, in denen das alte Recht erhalten blieb, obwohl der Gläubiger thatsächlich eine Befriedigung in der Stipulationsforderung erlangt hatte, so bei der Stipulation von einem Sklaven, das unbilligerweise erhaltene alte Recht paralysiert durch eine exceptio doli (l. 30. § 1. D. 2, 14), so dass also der praktische Erfolg derselbe war, als wenn eine Novation stattgefunden hätte.

Aber der Prätor konnte das Civilrecht formell nicht beseitigen; exceptio und restitutio wurden von Fall zu Fall erteilt unter Berücksichtigung der Umstände; dabei sah der Prätor naturgemäss auf den Willen der Parteien, konnte es doch zum Beispiel sein, dass der Gläubiger wissentlich eine stipulatio inutilis eingegangen war, um den Schuldner zu befreien. Also auch hier Entscheidung im animus! In ähnlicher Weise wurde bei abstrakt lautenden Stipulationen, falls es an der causa fehlte, die formell giltige Stipulation durch vom Prätor erteilte exceptio und condictio im praktischen Resultat vereitelt.

Wir könnten nun aber, selbst beim Mangel eines jeden Quellenzeugnisses vermuten, dass der Wille die Form nicht ohne weiteres aus dem Felde geschlagen hat, sondern dass die Form noch lange Zeit das ehemals vollständig okkupierte Gebiet wenigstens zum Teil noch mit Zähigkeit fest hielt, und darauf weist uns denn in der That Justinians Angabe hin, dass vor seiner Zeit der animus novandi in gewissen Fällen präsumiert wurde: es kam hier also nicht darauf an, ob er im einzelnen Fall wirklich bestand, sondern er

wurde in dubio vorausgesetzt, falls er nicht erkennbar ausgeschlossen war. Diese Präsumtionen vertraten also in gewisser Weise die ehemaligen technischen Novationsformeln. Was mögen dies für Fälle gewesen sein? Es ist einleuchtend, dass in denjenigen Fällen, in denen in früherer Zeit die Konsumtion mit Notwendigkeit eintrat, jetzt ihr Eintritt wenigstens noch als das Natürliche galt, so dass es zu ihrem Ausschluss einer besonderen Klausel bedurfte: ‚sine novatione, ἄνευ καινότητος, ohne Neuerung'. Dann kamen Präsumtionen auch in anderen Fällen auf, worüber das Nähere im Folgenden[1]). In allen diesen Fällen machte sich eine Nachwirkung des formalistischen Standpunktes geltend. Diese Präsumtionen geben uns auch weiteren Beleg für die Richtigkeit unserer Auffassung. Erfordert man auch für die ältere Zeit den animus novandi, so sind diese Präsumtionen kaum erklärlich: ist es doch sonst nicht üblich, bei mehrdeutigen Handlungen einen bestimmten animus der Handelnden zu präsumieren.

Jetzt kann uns aber auch der wahre Sinn der justinianischen constitutio 8 C. h. t. nicht zweifelhaft sein. Justinian beseitigt diese Präsumtionen und damit den letzten Rest der alten formalistischen Anschauung; während vor ihm die Form immer noch in gewissen Fällen ihre Herrschaft behauptete gegenüber dem konkreten Parteiwillen, soll jetzt der animus novandi wirklich in jedem einzelnen Fall vorhanden sein, was sich materiell auch aus dem allgemeinen Gesichtspunkt rechtfertigt, dass die Novation ein Verzicht ist, der Gläubiger gibt durch sie seine Forderung auf, und Verzichte werden nicht vermutet. Wollen die Parteien eine Novation, so sollen sie dies zu verstehen geben, der animus novandi muss bewiesen werden; ohne ihn tritt keine Novation ein, ohne dass es zu ihrem Ausschluss einer besonderen Erklärung mehr bedarf: die neue

[1]) Wenn Dernburg (S. 165) sagt, der animus novandi sei überall unterstellt worden, wo es sich „um dasselbe Schuldverhältnis“ handelte, so ist zu bemerken: um dasselbe „Schuldverhältnis“ muss es sich freilich immer handeln, soll anders von Novation die Rede sein; aber nicht immer, wenn es sich „um dasselbe Schuldverhältnis“ handelt, liegt Novation vor.

Forderung tritt dann neben die alte: duae sunt obligationes, und dient zur Sicherheit derselben.

Man hat sich, ausgehend von dem jederzeitigen Erfordernis des animus novandi, viel bemüht, den tieferen Sinn dieser constitutio zu ergründen: man interpretierte als den Willen Justinians, dass der Wille zu novieren „ausdrücklich“ erklärt werden müsse, „expressis verbis“ [1]). Wie auffallend! Justinian soll die Parteiabsicht in dieser Weise eingeengt haben? Für das ältere Recht wäre dergleichen ja annehmbar, aber für Justinian? Es würde dies einen Rückschritt in der sonst allgemein von der Form und der äusserlichen Interpretation abgewendeten Entwicklung bedeuten. Man war dann auch im Zweifel, worin denn eine solche ‚ausdrückliche‘ Erklärung bestehen müsse. Ursprünglich nahm man an, es müsse gerade das Wort ‚Novation‘ gebraucht werden, die Glossatoren (Azo) erkannten aber eine ‚tacita‘ novatio an, welche ope exceptionis wirksam sein solle; späterhin erklärte man jeden Ausdruck für genügend, aus welchem nur die liberatorische Absicht klar an den Tag trete, aber das ist keine ausdrückliche Erklärung mehr!

Für uns kann von einer ausdrücklichen Erklärung nicht die Rede sein, es kommt nur darauf an, dass die Parteien, einerlei auf welche Weise, ihren auf eine Novation gerichteten Willen zu Tage legen.

Wir haben hiermit die allgemeine Entwicklung des Novationsbegriffes bis zu Justinian verfolgt; man kann diesem Versuch einer Darstellung der Entwicklung entgegen halten, dass im Einzelnen der Beweis fehle, und in der That, ein strikter Beweis ist hier wohl überhaupt nicht zu führen. Aber dies kann unsere Gesamtauffassung nicht umstossen; bei allen gegenteiligen Auffassungen bleibt ein ungelöster und unlösbarer Rest; es bleiben Schwierigkeiten hinsichtlich einer Reihe von Punkten, wie man sie sich auch dogmatisch zurecht deuten möge; es bleibt nur ein Weg zur Erklärung: indem man die Gegensätze und Widersprüche *historisch* auffasst.

[1]) Vgl. v. Vangerow III. § 619 und die hier Citierten.

Wir wollen im Folgenden von den ausser Stipulationsform und animus novandi noch für die Novation aufgestellten und im Vorigen schon mehrfach berührten Erfordernissen handeln, von dem „aliquid novi" und dem „idem debitum", diesen scheinbar neben einander geradezu unverträglichen Requisita. Es ist einleuchtend, dass auch sie bei der Umwandlung des Begriffs Modificationen erlitten haben. Erst wenn wir diese Erfordernisse in ihrer ursprünglichen Reinheit wie in ihrer späteren Gestalt kennen gelernt haben, können wir versuchen, den Charakter der Novation im justinianischem Recht festzustellen.

2. Speziell die Erfordernisse „aliquid novi" und „idem debitum".

Die Novation fordert aliquid novi, worauf schon der Name hinweist: ‚novare' nicht möglich ohne ein novum. Gaius stellt dieses Erfordernis auch ausdrücklich auf, aber nur für einen bestimmten Fall, was vielfach ignoriert wird[1]. Gaius sagt nämlich:

a) aliquid novi.

si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit.

Hier darf über das „postea" und die „posterior" stipulatio nicht hinweggesehen werden: eine posterior stipulatio fordert mit Notwendigkeit eine prior stipulatio. Diese Auffassung wird bestätigt durch Theophilus. Es handelt sich also nur um den Fall zweier aufeinanderfolgender Stipulationen, und zwar über dasselbe Objekt (s. u.) und unter denselben Parteien. Auch die l. 29. D. 45, 1 spricht nur vom Fall einer „praecedens stipulatio" und fordert in diesem Fall etwas Neues. Ein novum liegt freilich im Begriff der Novation; man darf sich nicht zu der Annahme verleiten lassen, dass ein solches nur in dem einen Fall erforderlich sei. Deshalb ist die Lehre Windscheids, dass die neue Forderung sich von der alten „möglicherweise auch durch nichts" unterscheiden könne, unrichtig oder doch missverständlich.

Das Novum liegt nun im allgemeinen in der Form der Stipulation; in dieser neuen Form des Verbalkontraktes, in

[1]) S. über Liebe, S. 242 Salpius, S. 176; Gide, p. 114.

der mit der Stipulation gegebenen formellen neuen causa und der (regelmässig) neuen Klage liegt das neue Element, und zwar, solange die Form ihre ursprüngliche Kraft behauptete, ein vollgewichtiges neues Element. Und bei Eintritt einer neuen Person war diese unter allen Umständen ein genügendes novum. Die Notwendigkeit eines novum überhaupt und die Thatsache, dass dieses novum in der stipulatio liegt, konnte als selbstverständlich erscheinen, sodass man das novum als ein besonderes positives Erfordernis nur in dem einen Fall der zwei aufeinanderfolgenden Stipulationen aufstellen mochte; jedenfalls spricht Gaius nur von diesem Fall. Und hier ergibt sich in der That eine Schwierigkeit. Bei zwei aufeinanderfolgenden Stipulationen ist die Form, die causa, die Klage dieselbe, waren beide nun auch desselben Inhalts, so waren sie vollständig identisch, formell wie materiell, deshalb war die zweite juristisch zwecklos, und desshalb nach unserer Annahme ungültig. Diejenigen, welche die Ungültigkeit der zweiten Stipulation leugnen (so Salkowski), finden sich mit der Thatsache, dass die Novation hier unmöglich ist, dadurch ab, dass eine Novation doch nur möglich sei, wenn man die beiden Obligationen unterscheiden könne. Jedenfalls war hier also ein novum notwendig, nicht als etwas diesen Fall auszeichnendes, besonderes, sondern vielmehr um diesen Fall den anderen gleich zu stellen, wo überall ein novum vorlag.

Worin besteht hier aber das novum? Auch hier kann es sich wohl nur um Zusätze in der Formel gehandelt haben, um eine Verschiedenheit in ihrer Fassung, sei es in Folge einer adjectio oder einer detractio; nicht um einen verschiedenen materiellen Inhalt; um ein novum nicht in der obligatio, sondern in der stipulatio. Spielte doch der materielle Inhalt keine Rolle gegenüber der Form! Darauf weist hin z. B. die citierte l. 29. D. 45, 1: wenn ich zuerst den Sklaven Stichus stipuliere, und dann den Stichus und sein peculium, so hat das Objekt doch wohl eine Änderung erlitten und doch wird keine Novation bewirkt! denn man muss die letztere Stipulation in zwei zerlegen (s. o.): die Formel der ersten enthält nichts Neues, diejenige der zweiten nur Neues. Eine Änderung des Objekts

liegt auch vor bei der Stipulation des Ganzen und darauffolgender Stipulation eines Teils, und doch keine Novation, sondern die zweite Stipulation ist ungültig, nihil actum est.

Wenn die Parteien bei der stipulatio Aquiliana stipulierten: quidquid dare facere oportet . . . ., so werden hierdurch alle bestehenden Obligationen getilgt, auch die bestehenden Verbalobligationen, obwohl doch in Bezug auf letztere die Stipulation nichts Neues enthielt: ein Beweis, dass es sich um Verschiedenheiten der Formel handelt, denn diese war hier ja verschieden. Wir müssen also unseren obigen Grundsatz noch weiter einschränken: bei der stipulatio incerta, quidquid dare facere oportet lag das novum auch in der Form; es bleiben also lediglich die stipulationes certi (certae drei), wo ein besonderer Zusatz zur Bewirkung der Novation notwendig war[1]). Dass das Erfordernis des novum sich lediglich bezieht auf die Formel, dafür spricht auch die von Gaius berichtete Kontroverse, ob die adjectio oder detractio eines sponsor ein genügendes novum sei. Die Prokulianer verneinten die Frage: nihil ad novationem proficere; wie kamen sie dazu? wir können uns ihre Motivierung doch nur dahin denken: die Formel der Stipulation mit dem Hauptschuldner bleibt ganz dieselbe, folglich ist — nach dem allgemeinen Prinzip — die zweite Stipulation, und damit auch die sponsio, ungültig. Bei Gaius hat die entgegengesetzte Ansicht die Oberhand behalten (darüber unten). Diese ganze Kontroverse wäre aber kaum verständlich, wenn es sich zu allen Zeiten nur um materielle Änderungen gehandelt hätte.

Fassen wir aber das novum als einen Zusatz der Formel auf, so müssen wir sagen, wie im alten Recht überhaupt die Form bestimmte, Formeln die Novationswirkung herbeiführten, so hier diese durch bestimmte Zusätze qualifizierten Formeln; mit anderen Worten: wie hier ein novum die Bedingung der Novationswirkung ist, so ist diese eine notwendige Folge des novum.

Wir haben das novum in der Form gesucht; nun ist es aber kaum verkennbar, dass man dasselbe in späterer Zeit

---

[1]) Vgl. Salpius, S. 176.

vom materiellen Inhalt verstand. Justinian in der c. 8. C. h. t. führt eine Reihe von Umständen an, aus denen vor seiner Zeit auf den animus novandi geschlossen wurde, darunter die bei Gaius als Beispiele eines Zusatzes in der posterior stipulatio genannten Fälle, dazu aber eine Reihe anderer, bei denen es wohl keinem Zweifel unterliegen kann, dass sie materielle Veränderungen bedeuten. Die Thatsache, dass man später an einen materiell verschiedenen Inhalt dachte, erkennt auch Salpius, wenngleich widerwillig, an: „es ‚scheine', dass hinsichtlich des novum eine veränderte Auffassung Platz gegriffen habe".

Wie erklärt sich nun diese veränderte Auffassung? Salpius selbst begnügt sich mit der Konstatierung der Thatsache, sei es bewusst, sei es aus ‚Missverständnis' habe man das novum später vom Inhalt verstanden. Für uns ergibt sich eine veränderte Auffassung des novum geradezu mit Notwendigkeit aus unserer Auffassung, dass die Umgestaltung des Novationsbegriffes überhaupt im Zusammenhang steht mit dem Verfall des alten Formenwesens. Als die alten Formulare ihre Abgeschlossenheit und Bestimmtheit verloren, da war ein aliquid novi in der posterior stipulatio als ein Zusatz in der Stipulationsformel, wie wir es eben aufgefasst haben, weder mehr notwendig, noch auch nur verständlich, und deshalb kam man dazu, dasselbe als einen materiellen Zusatz anzusehen. Hierzu wird wohl insbesondere der immer üblicher werdende Gebrauch der cautiones mitgewirkt haben. In diesem Sinne aufgefasst konnte aber der Zusatz als solcher die Novation nicht mit Notwendigkeit herbeiführen, wie wir es von dem alten formellen Zusatz annahmen, sondern die Novationswirkung ergab sich jetzt nur als Folge eines auf sie gerichteten animus novandi; dagegen ist es sehr erklärlich, dass man in solchen Fällen, wo ehemals die Novation mit Notwendigkeit sich vollzog, dieselbe auch jetzt noch in dubio annahm, wenn sich nur keine entgegengesetzte Absicht kund gab, dass also der animus präsumiert wurde: damit erhielt das novum die Bedeutung eines Indizes für diesen animus novandi.

Dieses novum in seiner neuen Gestalt trug aber die Neigung und auch die Fähigkeit in sich, sich — zwar nicht

als Erfordernis, denn hier blieb ja in der Form ein novum, aber doch als Möglichkeit — auch in den anderen Fällen der Novation, ausser in den Fällen der stipulatio posterior, festzusetzen. Diese neue Bedeutung, in der es nicht mehr novationsbewirkend war, sondern den novationsbewirkenden animus vermuten liess, konnte das novum auch in diesen anderen Fällen haben; dann muss man bedenken, dass die stipulatio posterior der Hauptfall der Novation war, wird die Novation doch in späterer Zeit geradezu definiert als: cautionem renovari (interp. Vis. ad Paul. V, 8 l. 57): und schliesslich mochte es, als das Erfordernis des animus novandi aufkam, Bedürfnis sein, einen Anhalt für denselben zu haben. Jedenfalls müssen wir m. E. annehmen, dass sich das novum auch sonst durchsetzte, nicht als eine Forderung des Rechts, wohl aber als eine Freiheit der Parteien. Die Mittelglieder der Entwicklung sind unserem Blick verborgen —, und was darüber gesagt wurde und hier gesagt wird, hat auf mehr nicht Anspruch als auf den einer Hypothese — nur Anfangs- und Endpunkt liegen uns vor Augen.

Gaius fordert aliquid novi in posteriore stipulatione und führt als Beispiele (forte si) eines solchen novum, d. h. in seinem Sinne noch eines formellen Zusatzes in der stipulatio posterior auf: Beifügung und Wegnahme einer Bedingung oder eines dies, sowie den Fall des sponsor. Hinsichtlich des letzteren gibt er Mitteilung von einer entgegengesetzten Auffassung (s. o.); in Gaius Lehre glaube ich hier einen Durchbruch der materiellen Auffassung zu sehen, vielleicht spricht sich darin auch eine Berücksichtigung des Parteiwillens aus, denn den Parteien war jedenfalls der Beitritt eines sponsor die Hauptsache. Danach dürften wir vielleicht auch hier, wie schon bei anderer Gelegenheit (vgl. o.), bei Gaius das Recht der Novation im Anfang seines Übergangsstadiums erblicken.

Gehen wir über zu Justinian, und seien wir uns dabei bewusst, dass wir über einen Zwischenraum von vier Jahrhunderten hinweggehen, ein Moment, welches mir regelmässig nicht genügend in Anschlag gebracht zu werden scheint.

In den Institutionen (§ 3. J. 3, 29) wiederholt Justinian wörtlich die Lehre von Gaius:

> si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte sie condicio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur.

Also auch jetzt ist einzig und allein im Fall einer stipulatio posterior ein novum ein Erfordernis; dass man auch hier lediglich an diesen Fall gedacht hat, bekräftigt Theophilus in seinem Kommentar zu § 3. J. cit. Die gleichlautende Ausdrucksweise bei Justinian und bei Gaius beweist natürlich nichts gegen die Annahme, dass das novum bei Justinian in einem anderen (materiellen) Sinne verstanden wird.

Nun die schwierige c. 8. C. h. t. Machen wir uns zunächst das Verhältnis zur Institutionenstelle klar: die constitutio ist die frühere, sie ist bereits anno 530 erlassen; in der Institutionenstelle (a. 533) ist ausdrücklich auf dieselbe verwiesen. Es ist sonach die Annahme einer verschiedenen Auffassung in beiden Stellen nicht möglich. Beide müssen vielmehr denselben Rechtszustand vor Augen haben.

Die constitutio lautet:

> .... sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem iuniorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint ....

Hier ist zuvörderst von einer Beschränkung auf den Fall einer posterior stipulatio keine Rede, vielmehr wird ganz allgemein eine Reihe von Änderungen, verschiedener Arten von nova angeführt, aus welchen vor Justinian der animus novandi präsumiert wurde. Wir finden in dieser Liste zunächst die

uns bekannten Fälle: condicio und dies und in der Umschreibung: ‚si quis aliam personam adhibuerit‘ dürfen wir wohl unseren Fall des sponsor resp. fideiussor wieder erkennen. Wir haben hier also die Bestätigung unserer Annahme, dass gerade in denjenigen Fällen, in welchen früher eine Novation mit Notwendigkeit eintrat, als einmal das Element des Willens der Parteien sich geltend machte, dieser Wille präsumiert wurde.

Daneben sind hier aber eine Reihe von Änderungen aufgezählt, welche sich in dem langen Zeitraum von Gaius bis zu Justinian Anerkennung verschafft haben, Änderungen, welche von Haus aus wohl nur materielle Bedeutung hatten, und von vornherein sich wohl auf das ganze Gebiet der Novation bezogen, welche nie eine Novation herbeiführten, in welchen aber ebenfalls ein Indiz des animus novandi gefunden werden konnte, nämlich: pignus accipere, diesen Fall hätte schon Gaius ganz konsequent in seine Liste aufnehmen können, denn erkannte er im Beitritt eines sponsor ein genügendes novum an, so hätte er ein solches auch in der Wiederholung der Stipulation mit Bestellung eines Pfandes finden können; bei ‚personam mutaverit‘ ist wohl zu ergänzen ‚debitoris‘; eine ganz besondere Stellung nimmt der Fall: ‚si quis cautionem iuniorem acceperit‘ ein, wenn eine zweite Stipulationsurkunde jüngeren Datums über denselben Gegenstand ausgestellt wurde; da nun in dieser Epoche die Stipulationen durchweg schriftlich redigiert wurden, so begreift diese ‚cautio iunior‘ überhaupt den Fall der posterior stipulatio, es wurde hier also schlechtweg der animus novandi praesumiert. Dass dieser letztere Fall aber eine ganz andere Bedeutung, als die ihm unterscheidungslos zur Seite gestellten hat, darüber im Folgenden.

Schliesslich ‚si quis quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit‘; wenn man hierin ein Indiz des animus novandi fand, so liegt freilich hierin ein grosser Sprung von der ursprünglichen Anschauung aus und die Differenz zwischen altem und neuem Rechtszustand tritt kaum irgendwo so grell hervor — diesen Fall werden wir später noch in einer anderen Beleuchtung sehen. Justinians Aufzählung macht keinen Anspruch auf Vollständigkeit, ‚vel aliquid fecerit‘ heisst es am Schlusse, auch

bestand, wie uns die Institutionen bezeugen und wie es auch an sich sehr begreiflich ist, keine bestimmt abgegrenzte Zahl derartiger Präsumtionen, sondern, quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant'.

Das Verhältnis der beiden Aufzählungen von Gaius einerseits, von Justinian andererseits gehört zu den bestrittensten Fragen unseres viel umstrittenen Gebietes. Die unserer Anschauung näher Stehenden (Gide, über Salpins s. o.), leugnen jeden Zusammenhang zwischen beiden: die erstere enthalte, sagt Gide, Fälle eines changement utile pour constituer, die zweite pour prouver; die von Justinian aufgeführten Umstände seien an sich unfähig zur Bewirkung einer Novation gewesen, nur wenn eine Novation sonst sich als begründet darstellte, dann hätten sie zum Beweise dienen können. Andererseits wird behauptet, Justinian spreche von Novation ganz in demselben Sinne wie Gaius (herrsch. Ans.), und schliesslich suchen andere die entgegengesetzten Ansichten zu vereinen, indem sie in den Justinianischen Fällen ein changement utile pour constituer und pour prouver finden wollen (so Czyhlarz). Mir scheint keine dieser Ansichten zutreffend, am wenigsten vielleicht die letzte.

Justinians Aufzählung ist, wie erwähnt, nicht erschöpfend und konnte nicht erschöpfend sein; Justinian greift vielmehr willkürlich einige Fälle heraus; wenn er bei seiner Auswahl bei dieser Zusammenstellung eine Absicht verfolgte, so höchstens die, eine möglichst wirre Vorstellung von dem vor seinem legislatorischen Eingreifen bestehenden Zustand zu geben. Deshalb dürfen wir uns nicht wundern, dass er hier nicht betont, wie es in den Institutionen geschieht, dass ein solches novum, wie die von ihm angeführten Beispiele, nur erforderlich war bei einer posterior stipulatio; dass er ferner keine Rücksicht nimmt auf die verschiedene Bedeutung der von ihm nebeneinander gestellten Fälle. Eine ganz andere Stellung nimmt nämlich m. E. die ‚cautio iunior' ein, und die ihr zugewiesene Stellung dürfte unsere obigen Ausführungen bestätigen: bei einer zweiten Stipulation über dasselbe Objekt wird die Absicht der Aufhebung der alten vermutet, weil

sonst die Eingehung der neuen keinen Sinn hat; aber diese Absicht hat nur dann Erfolg, wenn sie — wie das in den Institutionen mit Bestimmtheit ausgesprochen ist — ein novum enthält, und ein solches novum bilden eben z. B. die in der const. 8 angeführten *anderen* Fälle. Hier hat ein solches novum nicht die Bedeutung eines Indizes für den animus novandi, vielmehr wird dieses Indiz in der Ausstellung einer zweiten Stipulationsurkunde, in der Eingehung der zweiten Stipulation als solcher gefunden, hier hat das novum also konstituierende Bedeutung, und nur eine solche.

In den anderen Fällen dagegen, abgesehen von demjenigen einer posterior stipulatio, ist ein solches novum nicht wesentlich, denn nirgends — ich betone dies, weil es von anderen übersehen, oder doch nicht genügend hervorgehoben wird — nirgends besteht eine allgemeine Vorschrift, dass eine jede novierende Stipulation aliquid novi enthalten müsse; hier hat das novum also nur die Bedeutung eines Indizes, ist nur geeignet pour prouver und nicht pour constituer. Bei alledem ist aber festzuhalten, wie sich dies auch aus der Auseinanderhaltung der Erfordernisse animus novandi und aliquid novi in den Institutionen ergiebt, dass nicht jedes novum ein solches Indiz abgibt (wie Salkowski anzunehmen scheint), sondern nur bestimmte nova, so die in der constitutio 8 aufgezählten.

Aus dem Vorgehenden ergibt sich bereits, dass es mit dem anderweitigen Erfordernisse einer Novation, dem ‚idem debitum', im justinianischen Recht zum mindesten nicht mehr streng genommen werden konnte. Welche Bedeutung hatte dasselbe aber ursprünglich und wie kam man dazu, dasselbe aufzugeben oder doch nicht mehr strikt daran festzuhalten? Man gibt das idem debitum regelmässig wieder durch „Identität". Was verstehen wir unter Identität? Ich verstehe darunter einfach dasselbe materielle Objekt, weiter nichts. Alle Auffassungen, welche mehr hinter diesem idem debitum suchen, dürften zu Unklarheiten führen; so soll nach Gide[1]) idem debitum nicht gleich eadem res sein, es genüge nicht dasselbe b) idem debitum.

[1]) Gide, chapitre IV. p. 117 ff.

„objet matériel“, sondern es sei dasselbe „objet juridique“ gemeint: „c'est la prestation, qu'on peut exiger du débiteur“, „c'est ce dare, facere, praestare“. Der Ausdruck „objet juridique“ aber ist unbestimmt und mehrdeutig. Wenn wir absehen von der Identität der Sache, wodurch wird dann die Identität der Leistung bestimmt? Ist diese Bestimmung überhaupt möglich ohne Identität der causa? Man wird hierbei wohl auf die causa geführt, und dass Gide diese vorschwebt, scheint hervorzugehen aus seiner Gleichstellung des idem debitum bei der Novation mit der eadem res bei der prozessualischen Konsumtion[1]). Geht man im Einzelnen Gides Ausführungen nach, so kommt man nicht weiter; er scheint bald an die Sache, bald an die causa zu denken: er spricht beim Ersatz eines Sklaven durch ein Pferd vom Wechsel „de l'objet“ und hier ist doch wohl das objet matériel gemeint, und wegen dieses (materiellen) Objektwechsels soll die Novation unmöglich sein; dann behandelt er den Ersatz eines Kaufgeschäftes durch ein Mietgeschäft: auch hier liege Wechsel „de l'objet“ vor, hier ist aber doch wohl nicht das objet matériel, sondern die causa in Frage. Allein einem solchen Hereinziehen der causa widerstreitet wieder G.s Definition. Jedenfalls ist G.s Theorie missverständlich, und wird denn auch in der That missverstanden: so meint Czyhlarz Gide dahin verstehen zu müssen, dass das quod debetur „mit seinen juristischen Qualifikationen“ übergehen solle; nun kann dies aber nicht die Meinung Gides sein, denn er betont a. a. O. gerade, dass die Stipulation deshalb geeignet sei zur Novation, weil sie zwar die alte causa beibehalte, aber doch eine formell neue causa gebe und deshalb die Schuld nicht mehr als Kaufschuld etc. sondern eben als Stipulationsschuld geschuldet werde[2]).

[1]) Gegen diese Gleichstellung macht man geltend (Czyhlarz), dass die eadem res im Prozess sich nur durch die causa debendi charakterisieren lasse, dass sie im Prozesse ihren juristischen Charakter nicht verliere, bei der Novation aber eine „mutatio causae“ stattfinde; wir haben über die Frage der causa später zu handeln, hier nur so viel, dass uns Gide mit seiner Parallele recht zu haben scheint.

[2]) Czyhlarz, l. c. S. 366 f. Vgl. auch Leonhard in d. „Ztschr. für d. ges. Handelsrecht“, Bd. XXVI S. 317 ff.

Wir fassen unsererseits also das idem debitum auf als eadem res, als das geschuldete Objekt, das ist aber beim dare die Sache, nicht die Übereignung selbst (also Objekt der Leistung, nicht Objekt der Obligation); beim facere kommen wir auf das Gleiche hinaus wie G., auf die Leistung, hier entfällt also der Gegensatz.

In unserem Sinne war nun das idem debitum ein Erfordernis des älteren Rechts. Auch dies ist freilich vielfach bestritten, aber was man dagegen geltend macht, kann nicht Stand halten vor den bestimmten Quellenaussprüchen. Diejenigen, die an der in allen Zeiten einheitlichen Gestalt der Novation festhalten, sind Angesichts des Zustandes zu Justinians Zeit geradezu genötigt, dieses Erfordernis zu leugnen; diese Anschauung halten wir aber für durchaus unrichtig. Wenn Hellmann[1]) unter Bekämpfung des Erfordernisses der Identität sich nachzuweisen bemüht, dass die Novation „sich auch ohne Beibehaltung der prior obligatio vollziehen konnte", so ist mir dies unverständlich. Witte (IX. S. 493) argumentiert: „da die Novation als Surrogat der Zahlung auftrat, so „musste" es genügen, wenn die Leistung von etwas versprochen wurde, dessen Gewährung sich als solutio herausgestellt haben würde" — das ist aber doch wohl petitio principii. Für die Identität hat sich Cujacius ausgesprochen: mutatio rei debitae novationem non facit; von Neueren hat sie besonders Liebe[2]) hervorgehoben, doch scheint mir seine Verteidigung der Identität keine glückliche zu sein: dasselbe Objekt muss nach der Novation aus einem anderen Grunde geschuldet werden........ genau dasselbe Objekt........ nicht die Sache an sich, sondern die Sache mit der ihr nach dem Vertrage zukommenden Eigenschaft als einer gerade aus diesem Vertrag geschuldeten.

Während also bei jeder Novation ein neues Element sich findet: die Form, so auch bei jeder ein altes: das Objekt.

Gaius hat offenbar nur den Fall vor Augen, dass beide Obligationen dasselbe Objekt haben: „quod mihi debes" —

[1]) Hellmann, „Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung". S. 8.

[2]) l. c. S. 159.

„quod mihi debetur“ (II. 38) — er spricht von „rem“ amitto, „res“ perit, also eine res, ein und dasselbe Objekt, nicht zwei verschiedene. Bei den von ihm als Beispielen eines novum angeführten Fällen bleibt überall das Objekt erhalten, es handelt sich lediglich um Zusätze in der Formel, um eine adjectio oder detractio.

Ja es wird in den Quellen die Novation geleugnet auch wegen nur unbedeutender Änderungen des Objekts. So wird in l. 4. D. h. t. die Novation in Abrede gestellt, wenn ich den Niessbrauch, den ich dem X schulde, auf Anweisung des X dem Y verspreche, weil sich der Niessbrauch nach der Lebenszeit des Berechtigten bestimmt und deshalb das Objekt hier nicht dasselbe ist.

Wenn ich ein Grundstück stipuliere, später die Hälfte desselben, so ist die zweite Stipulation nach l. 58. D. 45, 1 ungültig, weil sie nichts Neues enthält; enthält dieselbe aber sonst etwas Neues, so wird die Forderung auf die Hälfte noviert, nicht diejenige auf das Ganze.

Wenn ich ein Grundstück stipuliere, später das Grundstück detracto usufructu, so tritt keine Novation ein, auch keine teilweise, weil hier in Wahrheit nicht Teile, sondern verschiedene Objekte stipuliert sind (l. 56. § 7. D. 45, 1). Dies ist auch die Auffassung der Glosse zu dieser Stelle: quia aliud in secundam stipulationem venit, quam in primam. (Dass die Stipulation im Falle der cit. l. 56 doch gültig ist, erklärt sich aus dem Wechsel des Schuldners, ohne dies würde das neue Element fehlen und deshalb die Stipulation ungültig sein.)

L. 9. § 2. D. h. t. Qui actum stipulatur deinde iter nihil agit . . . . . . sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur; aliud est enim iter, aliud actus. Also: wenn ich das iter stipuliere, sodann den actus, so aliud magis stipulor, und deshalb tritt keine Novation ein; wenn aber zuerst den actus, dann das iter (oder ususfructus — usus) so: nihil novi (weil iter im actus enthalten ist). Vgl. hierzu l. 58. D. 45, 1.

Ich stipuliere zuerst Stichum et Pamphilum, sodann Stichum aut Pamphilum: über diesen Fall waren die römischen

Juristen uneinig, einig aber waren sie im Prinzip der Identität. Paulus: utrumque novatum est, „quia utrumque in posteriorem obligationem deducitur“; Celsus u. A.: „novatum utrumque non est“, weshalb? weil man nicht die zwei geschuldeten Objekte stipuliert hat, sondern nur eins derselben (l. 8. § 4. l. 26. l. 32. D. h. t.).

Aus dieser notwendigen Identität des Objektes erklärt sich nun wohl auch die Legaldefinition „prioris debiti transfusio atque translatio“, ebenso Gaius' Definition „prima obligatio tollitur translata in posteriorem“: dass die untergegangene Obligation in die neue übergehen soll, ist ein logisches Unding, vielmehr muss Gaius wohl auch die Identität des Gegenstandes vorschweben. Aus dieser Identität erklären sich endlich die zahlreichen Stellen des corpus iuris, wo von transferre oder transire die Rede ist[1]): Die alte Obligation, als juristisches, rechtliches Gebilde wird zerstört, aber ihr Inhalt, ihr Stoff wird gewissermassen „hinüber genommen“ in die neue Obligation. In anderen Stellen wird derselbe Gedanke ausgedrückt durch „deducere in stipulationem quod debetur“ (G. III. 170. l. 8. § § 1. l. 14. D. h. t. l. 3. D. 18, 5). Daraus erklärt sich auch wohl der Ausdruck succedere von der Novation (l. 24. D. 13, 5 etc.), obwohl doch das alte Recht untergeht (über Succession s. u.): es übergeht lediglich der Inhalt, in ihm findet also eine Art Nachfolge statt.

Mit dem idem debitum steht übrigens in engem Zusammenhange die Stipulationsform, gerade wegen dieser Identität ist die Stipulation notwendig: sie allein kann die Form ändern und den Inhalt dabei unberührt lassen; sie allein ist fähig, jeden beliebigen Inhalt in sich aufzunehmen: l. 5. pr. D. 45, 1: stipulationes .... quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum. Am anschaulichsten charakterisiert sie wohl Gide: c'était un moule où l'on peut verser le contenu d'une obligation quelconque; une estampille juridique, qui apposée sur un contrat,

---

[1]) Die bezgl. Stellen sind zusammengestellt bei Gide, p. 120.

quel qu'il soit, lui imprime un caractère nouveau; freilich ist über das juristische Wesen damit nichts gesagt.

Das Erfordernis des idem debitum erklärt sich nun innerlich daraus, dass es nach unserer Annahme in alter Zeit nicht auf den animus novandi ankam und wenn deshalb die Stipulation auf etwas anderes lautete, so war die Beziehung auf die alte Schuld nicht zu erkennen, der juristische Zusammenhang nicht nachweisbar. Die Identität bemass sich demgemäss auch lediglich nach der Stipulationsformel, bei der stipulatio incerta musste auf das alte Objekt Bezug genommen sein, bei der stipulatio certae rei ergab sie sich ohne weiteres, ebenso bei der stipulatio auf ein facere. Auch Gide, der an der Identität gleicher Weise für die spätere Zeit festhält, erkennt an (S. 133), dass dieses Prinzip nur zu erklären sei aus dem starren und engen Formalismus. Da wir diesen in der späteren Zeit nicht annehmen können, so wäre das Erfordernis des idem debitum im späteren Recht innerlich nicht mehr gerechtfertigt.

Dass man aber in der That von der strengen Auffassung des idem debitum abgewichen ist, beweist die Zulassung einer Stipulation auf die Ästimation mit novierender Wirkung; den Übergang zu dieser neuen Auffassung sehen wir deutlich ausgesprochen bei Paulus l. 91. § 6. D. h. t.: .... novari autem an possit haec obligatio dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse .... quod et Juliano placet.

Die an der Identität strikt festhaltende Theorie ist noch nicht überwunden, aber Paulus selbst entscheidet sich doch gegen sie. Allgemein ist die Zulässigkeit dagegen ausgesprochen von Papinian in l. 28. D. h. t.: fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est, postea stipulor; si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio ....

Bei Stipulation von quanti fundus est an Stelle der Stipulation des fundus tritt also Novation ein, wenn nur der animus novandi da ist; ob der Satz: si non novandi animo .... est, von Papinian herrührt, kann freilich Zweifel erregen; da Paulus von diesem Fall noch sagt ‚dubitationis est', so ist es an sich wenig wahrscheinlich, dass Papinian den Satz mit

solcher Bestimmtheit anerkannt habe; möglich aber auch, dass Papinian die Zulässigkeit einer solchen Novation gerade verfochten hat; der ‚animus novandi' ist ebenfalls verdächtig (s. o. hins. l. 4. D. 22, 1), aber auch er schliesst (selbst wenn man ihn im eigentlichen Sinne nimmt und nicht mit der Erklärung von Salpius) Papinians Autorschaft nicht unbedingt aus. Ulpian ferner sieht in einer fidejussio indemnitatis ein Hindernis für die Novation nur in den mangelnden animus novandi, nicht aber in der Verschiedenheit des Objekts (l. 6. D. h. t.).

Man könnte einwerfen, dasselbe sei ja schon bei der stipulatio Aquiliana der Fall, heisst es hier doch ‚quanti quaeque earum rerum res erit . . . .'; hiermit hat es aber eine besondere Bewandtnis. Diese Formel bezieht sich auf dingliche Klagen[1]), indem die stipulatio Aquiliana eine generelle Novation zum Zwecke einer Generalquittung bezweckte; nun kann aber die Novation ein dingliches Recht nicht zum Erlöschen bringen, sondern nur eine dingliche Klage novieren: wenn die dingliche Klage einmal erhoben, die litis contestatio vollzogen wird, dann hat sie eine persönliche Spitze, richtet sich gegen einen bestimmten Gegner (sicut stipulatione ita et judicio contrahitur): die Formel dieser dinglichen Klage geht auf ‚quanti ea res erit', dem entspricht ganz der Wortlaut der stipulatio Aquiliana. Eine Ausnahme vom Prinzip des idem debitum kann ich hierin nicht erblicken, vielmehr wird dieses erst in späterer Zeit durchbrochen.

Diejenigen, welche das Identitätsprinzip überhaupt vertreten, halten daran regelmässig für die spätere Zeit auch fest, und versuchen die obigen Bestimmungen als mit ihrem Prinzip in Einklang befindlich darzustellen, was ihnen aber nicht gelungen sein dürfte, denn das debitum, das id quod debetur, ist doch die bestimmte Sache, nicht aber der Geldwert derselben. Salpius will diese ‚Ausnahme' damit erklären, dass diese Abweichung denn doch sehr unbedeutend sei, weil die Stipulation auf eine Sache im Prozess doch nur durch pecuniaria condemnatio realisiert werden konnte; aber einmal ist diese

[1]) Vgl. Gide, S. 142, Salpius, S. 165 a. a. O.

Behauptung für das justinianische Recht gar nicht zutreffend, und sodann erklärt eine praktische Indifferenz nicht den Bruch eines Prinzips. Gide hält hier am idem debitum fest, weil das wahre „objet juridique“ die Geldästimation sei, und der Gläubiger, welcher erst die Sache, dann quanti ea res erit stipuliere, zweimal das objet juridique stipuliere; er scheint beinahe mit seiner ganzen Einteilung (s. o.) auf dieses Resultat hinaus zu wollen, um einen unmöglichen Rettungsversuch des idem debitum zu machen. Salkowski (S. 80 f.) rechtfertigt es damit, dass ja nur der „materielle“ Inhalt der früheren Obligation, nicht ihr „begrifflicher Gegenstand, die konkrete Handlung“, in die posterior obligatio deduziert werden solle (?); wie vereinigt sich dies mit desselben Verfassers Ausführung (88 f.), dass die neue Obligation „auf genau dieselbe Leistung“ gerichtet sei, „nicht blos auf eine abstrakt gleiche, sondern genau dieselbe konkrete Handlung“?

Die Zulassung einer novierenden Stipulation auf die Geldästimation darf man aber nicht unter den Gesichtspunkt des ‚aliquid novi‘, etwa in seiner späteren Gestalt bringen! Bei diesem handelt es sich um Zusätze, um eine adjectio oder detractio von resp. zu dem ursprünglichen Obligationsgegenstand, während hier aliud pro alio stipuliert wurde. Es handelt sich hier vielmehr m. E. um eine selbständige Entwicklung; dafür spricht auch der Umstand, dass Paulus sich auf Julian als Stütze für die Zulässigkeit der novierenden Stipulation quanti homo est beruft, während derselbe Julian hinsichtlich des aliquid novi einen ganz anderen Standpunkt einnimmt, gerade mit Entschiedenheit die alte Lehre vertritt (vgl. l. 58. D. 45, 1). Diese von der formalistischen und strengen Auffassung des alten Rechts sich abwendende Entwicklung traf nun aber wohl zusammen mit einer anderen Entwicklung, die wir bereits kennen gelernt haben, mit der Auffassung des aliquid novi in einem anderen, materillen Sinne, und der Tendenz dieses so aufgefassten novi, sich von der posterior stipulatio aus auf das ganze Gebiet der Novation zu übertragen. Mit dem Momente, wo bei einer posterior stipulatio das aliquid novi als eine materielle Änderung aufgefasst wurde, war für diesen Fall — den

Hauptfall — das idem debitum fallen gelassen; nun war aber eine so verschiedene Behandlung der Novationsfälle, dass man in einem Fall ein novum verlangte, in einem anderen es für unmöglich erklärte, sehr misslich; wir haben oben gesehen, wie sich die Ausbreitung des novum nicht als eines Erfordernisses, wohl aber als einer Möglichkeit auch auf die anderen Novationsfälle aus inneren Gründen ergab; wir haben das Erfordernis des idem debitum als ein seiner Begründung beraubtes bezeichnen können: alle diese Erwägungen, mochten sie nun bewusster oder unbewusster Natur sein, mussten mit Notwendigkeit zu dem Resultate führen: Aufgabe des idem debitum!

Den Abschluss dieser Entwicklung sehen wir in der l. 58 cit.: Die Stelle schliesst in der Gestalt, wie sie in das corpus iuris aufgenommen ist: ‚nisi novandi animo in omnibus hoc facere specialiter expresserit'; dieser Schluss ist offenbar von Tribonians Hand, wenn Gide (90 ff.) dies auch bestreitet, das specialiter expresserit klingt zu verräterisch an die c. 8 cit. an, und dass Julian nicht so geschrieben hat, dafür spricht auch die von ihm herrührende l. 56. § 7. D. 45, 1. Wenn also nur der animus novandi vorhanden ist, so kann man statt des actus das iter, statt den usufructus den usus, statt decem nunmehr quinque stipulieren. Ist dies noch ‚idem debitum'?[1])

Und ebenso die l. 8 cit.: si quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, so kann nicht nur Novation vorliegen, sie wird sogar in dubio angenommen, es wird der animus novandi präsumiert. Man hat in der ‚quantitas minuenda' einen Widerspruch finden wollen zu l. 58 cit., wo Novation bei Stipulation eines geringeren Objektes, einer kleineren Quantität verneint wird, und sodann von den Kompilatoren hinzugefügt ist: nisi novandi animo in omnibus hoc facere . . . . expresserit; von Präsumtionen also keine Rede. Aber die Schwierigkeit ergibt sich eigentlich nur dann, wenn man mit Salpius die Interpolation auch auf den Satz: ‚sicuti qui decem . . . . nihil agit' erstreckt, wozu aber kein Anlass

[1]) Die l. 44. D. 44, 7 (. . . .‚quasi' novatio fiat) und c. 10. C. 4, 2 (vgl. Hellmann, l. c., S. 71—74) haben keinen unzweifelhaften Bezug auf die Novation und bleiben deshalb hier ausser Betracht.

vorliegt. Wenn man dagegen mit uns eine Interpolation nur im Schlusssatz sieht, so ist das Verhältnis ganz klar: den Kompilatoren war es nur darum zu thun, die Stelle in Einklang zu setzen mit dem justinianischen Rechtszustand, mit der l. 8 cit.; die zwischen Julian und Justinian liegende Entwicklung anzudeuten, hatte für sie keinen Sinn, so ist das Mittelglied der Entwicklung hier, wie so oft, einfach übergangen.

Wie man aber Angesichts der ‚quantitas augenda vel minuenda' noch von ‚Identität' reden kann, ist schwer verständlich! Wenn Brinz zur Rettung der Identität geltend macht, dass doch immerhin die alte Sache „wenigstens zum Teil, oder dem Werte nach" in der neuen enthalten sei, so ist zu entgegnen: dass sie nur zum Teil oder dem Werte nach darin enthalten zu sein braucht, genügt zum Ausschluss des Identitätsgedankens.

Gerade auf die quantitas augenda vel minuenda möchte ich ganz besonderes Gewicht legen: wenn danach eine beliebige Vergrösserung oder Verminderung des Vermögenswertes zulässig war, und wenn dies insbesondere im römischen Recht zulässig war, wo ist dann die Grenze? welche Veränderung ist nicht gestattet? Besteht noch irgend ein Zusammenhang zwischen alter und neuer Obligation und welcher? Wenn Windscheid lehrt, die neue Obligation könne sich unterscheiden „durch den Inhalt der Leistung", so scheint mir diese Lehre gerade in ihrer Allgemeinheit ganz konsequent.

Wir finden allerdings — soweit ich wenigstens sehen kann — im corpus iuris keine Stelle, wo in der Novationsstipulation ein ganz anderes Objekt versprochen wurde, als ursprünglich geschuldet war, aber ein begrifflicher Unterschied scheint mir nicht zu bestehen zwischen dem Ersatz einer Schuld auf 100 durch eine Schuld auf 500, und dem Ersatz einer Schuld auf einen Sklaven durch eine Schuld auf ein Pferd, und wenn die römischen Juristen letzteres nicht als Novation anerkannten, so mag sich dies mehr aus der alten Anschauung erklären, die man im Prinzip zwar aufgegeben hatte, deren Nachwirkungen man aber nicht völlig überwand; sowie aus ihrem praktischen Sinn, welcher sich vor einem Sprung ins Weite fürchtete — denn war einmal diese letzte Grenze über-

sprungen, welch' weites Gebiet eröffnete sich dann diesem Rechtsinstitut und wo sollten die Grenzen sein? — als dass sich eine begriffliche Grenze ergäbe; jedenfalls ist die Grenze eine unbestimmte und unsichere.

Wir müssen demnach das Erfordernis eines „stofflichen" Zusammenhangs (Hruza, Brinz u. A), eines das Objekt betreffenden, prinzipiell aufgeben; wir verwerfen damit alle diejeugen Anschauungen, welche unter sich wieder mit mannigfachen Modifikationen das Wesen der Novation in der „Verwendung des Inhalts einer alten Obligation für eine neue" finden.

3. Charakter der Novation im justinianischen Recht.
a) eadem causa.

Besteht nun gar kein Zusammenhang mehr zwischen beiden Obligationen? Man kann sprechen — und man spricht (Dernburg u. A.) — von einem wirtschaftlichen Zusammenhang, einem Zusammenhang dem Resultate nach, indem ja vor der Novation eine Forderung da sei, und nachher auch. Aber dies sind keine juristischen Begriffe, wir können mit ihnen nicht operieren.

Man kann auch von einem psychologischen Zusammenhang reden, insofern als die eine Obligation die andere ersetzen soll; bildet doch der animus novandi ein gewisses Band. Aber auch damit ist uns unmittelbar ein juristisches Kriterium nicht an die Hand gegeben.

Es handelt sich aber nicht blos um Aufhebung um der Begründung willen, sondern um Aufhebung durch Begründung. Man könnte nun freilich sagen, was hat es im praktischen Erfolg auf sich, ob wir zwei Akte haben, Aufhebung und sodann Begründung oder einen Akt, welcher gleichzeitig obligatorisch und liberatorisch wirkt? Aber diese beiden Seiten, die beiden Teile, wenn ich so sagen darf, des einen Aktes, stehen in einem engeren Verhältnis, als dem blos zeitlichen, der blossen Thatsache, dass die eine durch die andere aufgehoben wird, und dieses engere Verhältnis zeigt sich praktisch in einem bestimmten Einfluss auf die neu begründete Obligation; das Entscheidende ist, dass beide Obligationen dieselbe materielle causa debendi haben[1]), also eadem causa, nicht mehr idem debitum im obigen Sinne, wohl aber nach

[1]) Vgl. übereinstimmend Bruns in v. Holtz.'s Encykl., S. 518.

wie vor eadem causa. Es wird die prior causa nicht zerstört, wie Salkowski (S. 361) meint, und behält „dennoch“ einen fortwirkenden Einfluss: sondern sie behält einen solchen Einfluss lediglich deshalb, und kann ihn nur deshalb behalten, weil sie eben nicht zerstört wird, sondern erhalten bleibt.

Was verstehen wir unter „causa“? Diese Frage bedarf einer genaueren Erörterung, weil die Auffassungen hierüber keineswegs einheitliche sind, und wir sind zu einer solchen umsomehr genötigt, weil wir den Begriff der causa auch späterhin oft gebrauchen werden. Man streitet sich vielfach über das, was die causa sei, und versteht dabei unter causa verschiedene Dinge. So sieht mit anderen Czyhlarz das Wesen der Novation in einer mutatio causae, während umgekehrt andere die Konservierung der causa als wesentlich erachten; wie ist dieser scheinbar schroffe Widerspruch zu erklären?

Der Ausdruck causa[1]) wird in den Quellen in verschiedener Bedeutung gebraucht; er findet sich sowohl im subjektiven wie im objektiven Sinn; so heisst es, wenn Jemand eine Zuwendung als dos für eine künftige Ehe macht, dieselbe sei ob causam gegeben und kommt die Ehe nicht zu Stande, so: causa non secuta est; in l. 23. § 3. D. 12, 6 (.... neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta) z. B. finden sich beide Bedeutungen nebeneinander. Wegen dieser verschiedenen Verwendung der „causa“ ist es schwer, einen deckenden Ausdruck für sie zu finden; häufig wird sie schlechtweg durch Zweck wiedergegeben, was viel zu unbestimmt ist; dieser „Zweck“ wird dann bald in einem streng juristischen Sinne, bald in einem weiteren Sinne gebraucht: ökonomischer, sittlicher Zweck etc.; auch wird dann Zweck und Absicht oft promiscue gebraucht (s. z. B. Hruza), und Hruza spricht dann auf einmal von causa futura und praeterita, ohne zu sagen, ob causa hier auch „Zweck“ bedeutet. Ebenso ist „cause“ wohl zu vag, um der ‚causa‘ substituiert zu werden; Gides Ausführungen leiden denn auch unter der Unbestimmtheit des

[1]) Vgl. z. Folg. auch Schlossmann, „Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge“.

Ausdrucks cause; bei einer stipulatio ‚quod ex vendito debes‘ soll der Gläubiger beweisen müssen, dass die Stipulation „avait une cause“ (S. 32); das ist doch wohl selbstverständlich! Und an anderer Stelle (S. 30) berichtet er: d'après plusieurs auteurs, le droit romain comme le droit moderne exigerait une cause pour toute obligation; allerdings!

Causa ist vielmehr nicht jeder Zweck; die Zwecke können sehr verschieden sein, Mittelzwecke, Endzwecke etc., welche rechtlich nicht in Betracht kommen. Causa ist nur ein ganz bestimmter Zweck: es ist der Zweck, der den wirtschaftlichen Charakter des Geschäfts bestimmt, der Zweck, den das Recht billigt und um dessentwillen es Wirkungen eintreten lässt, und zwar bestimmt die causa bald direkt die rechtlichen Wirkungen, bald kommt das Abhängigkeitsverhältnis der Wirkungen zu der causa nur in der Form zum Ausdruck, dass die causa die Anfechtung ermöglicht. Die rechtliche Bedeutung der causa ist sonach bei verschiedenen Verträgen eine verschiedene, und wir kommen hiermit zur Teilung der Verträge in materielle, individualisierte, welche wir vorläufig allgemein bezeichnen wollen als Verträge, welche abhängig sind von der causa, davon, dass die causa erlaubt ist und thatsächlich da ist; sie charakterisieren sich als Versprechen um der causa willen; und andererseits ‚abstrakte‘, ‚reine‘, ‚formale‘ Verträge, welche nicht in dieser Abhängigkeit zu ihrer causa stehen.

Der Hauptfall der abstrakten Obligation im römischen Recht ist die Stipulation. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit, unabhängig von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, ob dieses Kauf, Delikt, Schadenersatzpflicht oder was immer sei, indem sie die Verbindlichkeit loslöst von ihrer causa, ihr zu einer selbständigen juristischen Existenz verhilft. Der Promittent wird verpflichtet, wenn und weil er die Stipulationsworte gesprochen hat, ohne Rücksicht auf den Grund, weshalb er sie gesprochen hat; wie beim Wechsel Haftung eintritt, quia scripsit, so haftet hier der Schuldner, quia dixit, quia spopondit, verbis obligatur. Auf die Frage, weshalb der Schuldner verpflichtet ist, gibt uns die Stipulation also nur eine formelle Antwort, indem sie uns hinweist auf die verpflichtende Form:

sie enthält in sich also nur eine formelle causa debendi in den Stipulationsworten; diese causa nennt man auch causa civilis. Nur an diese causa civilis dürfen wir bei der Legaldefinition denken: ex praecedenti causa nova constituitur; dass hier causa den „Stoff" bedeuten soll (Hellmann), erscheint mir vag.

Das neue Versprechen ist also nur ein neuer formeller Grund, dagegen hat die Stipulation keine spezifische, ihr eigentümliche, materielle causa. Wollen wir den materiellen Grund der Haftung erfahren, so müssen wir auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zurückgehen: dieses wird uns Auskunft geben, dass der Promittent ein Darlehn haben wollte, oder dass ihm eine dos bestellt wurde. Materiell beruht also das neue Versprechen auf der alten Schuld und deren causa, hierin liegt also die wahre, materielle causa debendi; und dies zeigt sich praktisch darin, dass, wenn es an einer causa fehlt, wenn sie z. B. nur irrtümlich von den Kontrahenten vorausgesetzt war, dann die an sich gültige Stipulationsforderung entkräftet werden kann wegen Mangels der causa; die formelle causa kann sie hiervor nicht schützen.

Wir haben hier also zwei causae nebeneinander: die Stipulation ist eine causa, und sie hat neben resp. hinter sich eine solche. Diese Thatsache erklärt die verschiedenen Definitionen: wenn man bei der Novation von einer mutatio causae redet, so meint man eben die causa civilis; wenn von Konservierung derselben, die materielle causa.

Nun braucht aber die Stipulation nicht notwendig abstrakt zu lauten, sondern sie kann die alte causa auch in sich aufnehmen (centum, quae ex vendito debes etc.).

Fälle der letzteren Art, wo die causa in das Versprechen aufgenommen ist, rechnet man nun regelmässig zu den ‚materiellen' Verträgen; indem man den Gegensatz der materiellen in ‚abstrakten' Verträgen findet, d. h., wie z. B. Windscheid definiert, in Verträgen, welche „von der materiellen causa abstrahieren". Dieses Abstrahieren von der materiellen causa versteht man aber — was freilich häufig nicht genügend betont wird — in dem Sinne einer rein äusserlichen Abstraktion,

einer Abstraktion lediglich den Worten nach: ein Vertrag quod mihi debes, spondesne? . . . . ist ein ‚abstrakter‘, denn er „abstrahiert von seiner causa“, d. h. er sagt nichts davon; ein Vertrag quod mihi ex vendito debes, spondesne? . . . . ist ein ‚materieller‘ Vertrag, denn er nennt ja seine causa.

Selbstverständlich kann man ja so definieren und scheiden, und diese Unterscheidung ist vielleicht die nächstliegende. Es handelt sich hier zunächst um eine terminologische Frage, aber wenn man einen Blick wirft auf die Verwirrung, welche, wie mir dünkt, zum grossen Teil in Folge ‚terminologischer‘ Fragen gerade auf unserem Gebiet herrscht, so wird man die Bedeutung dieser Frage nicht in Abrede stellen. Rühren doch die für den ersten Blick geradezu erschreckenden Widersprüche vielfach daher, dass man nicht bestimmt sagt, was man mit einem Begriff für eine Vorstellung verbindet. Ferner käme es darauf an, die Terminologie möglichst so zu wählen, dass sie für den praktischen Gebrauch handlich ist, und dass sie dasjenige zusammenfasst, was innerlich verwandt ist.

Ich bezeichne den Gegensatz zum materiellen Vertrag, in Ermangelung einer treffenderen Bezeichnung auch als ‚abstrakten‘ Vertrag, und definiere diesen ebenfalls als einen ‚von seiner materiellen causa abstrahierenden‘; aber ich verstehe diese Abstrahierung nicht in Bezug auf die äussere Erscheinung, auf das Nichtnennen der causa, sondern als ein Sichselbständigmachen eines Versprechens von seiner causa, als ein Zurückdrängen der causa in ihrer materiellen Bedeutung, in ihrem bestimmenden Einfluss, indem das Versprechen seine causa in den Hintergrund schiebt als etwas, das zunächst wenigstens nicht in Betracht kommen soll, indem es sich selbständig hinstellt als etwas, das juristisch für sich selbst genommen sein will, mit Nichtbeachtung der causa, mit Abstrahierung von der materiellen Grundlage. Das materiell Begründende wird sonach unter den Parteien zurückgesetzt als etwas Sekundäres; das Kausalmoment tritt zurück.

Diese Abstrahierung, diese Losreissung von dem Einfluss der causa, dieses Zurückdrängen des letzteren kann nun — worauf wir zurückzukommen haben werden — ein mehr oder

minder energisches, ein mehr oder minder intensives sein: niemals geht diese Trennung aber so weit, dass das Versprechen sich vollständig, dauernd der Einwirkung seiner causa entziehen könnte, es kann der Macht der causa nicht entgehen.

Aber diese zurückgedrängte causa kann ihren Einfluss nicht anders ausüben, als in Form einer Reaktion, einer Gegenwirkung gegen dasjenige, was ohne ihre Wirkung zu Stande gekommen ist. Diese Reaktion kleidet sich regelmässig, aber nicht ausschliesslich in Form einer condictio oder exceptio.

Indem das abstrakte Versprechen also von seiner materiellen Grundlage zwar zunächst absieht, dieselbe aber eben doch beibehält, was in dem nicht zu beseitigenden Einfluss derselben zu Tage tritt, vermag es selbst nur eine formelle Grundlage abzugeben, enthält es in sich selbst nur eine formelle causa: charakteristisch ist ihm sonach das Nebeneinanderbestehen der zwei causae, welche bei materiellen Geschäften zusammenfallen. Also, dasselbe Verhältnis von der anderen Seite gesehen: für das abstrakte Versprechen ist die Existenz einer ausserhalb des Versprechens liegenden causa, d. h. nicht eines ausserhalb der Worte des Versprechens liegenden, sondern eines ausserhalb des Vertragswillens liegenden Verhältnisses, einer ausserhalb des in sich abgeschlossenen, für sich bestehenden Versprechens liegenden causa, etwas Notwendiges, und vom Standpunkt dieser ausserhalb liegenden causa ist das Versprechen, sagen wir ganz allgemein: einer Einwirkung unterworfen.

Sonach gehört auch das obige Versprechen: centum, quae ex vendito debes .... spondesne? spondeo, zu den ‚abstrakten' Verträgen in unserem Sinne; mag hier die Zurückdrängung[1])

---

[1]) Eine Zurückdrängung findet auch hier statt, wenn auch nicht den Worten und der Absicht der Parteien, so doch dem rechtlichen Effekt nach; die causa ist auch hier (durch das Recht) in eine sekundäre Rolle gesetzt, während sie in der Formel freilich nicht zurückgedrängt, sondern gerade vorangestellt ist: mit Rücksicht auf letzteren Umstand tritt sie hier auch nicht in demselben Mass in den Hintergrund wie bei der Formel: centum dare spondes? Der Intention der Parteien nach handelt es sich gerade um Festhaltung und Erreichung der alten causa mit neuen Mitteln.

der causa eine schwächere sein, mag der causa deshalb ein grösserer Einfluss gewahrt sein (s. u.) — auch hier ist die neue Schuld eben eine Stipulationsschuld, auch hier haben wir ein formell gültiges, für sich bestehendes Versprechen, auch hier haben wir den Unterschied zwischen einer formellen causa und einer materiellen. Deshalb verwerfen wir auch die missverständliche Unterscheidung zwischen ‚abstrakten' und ‚materiellen' Stipulationen (Salpius): nenne man sie allenfalls ‚abstrakt lautende' und relative, auf die alte causa ‚Bezug nehmende'; abstrakt in unserem Sinne sind beide. Ganz verwirrend ist aber die unverständliche Bezeichnung Salkowskis (S. 174, 228 a. a. O.), welcher diejenigen Stipulationen, welche das Objekt einer prior obligatio als solches zum Gegenstand haben, ‚abstrakte' nennt, diejenigen, welche den materiellen Kontrakt selbst in sich aufnehmen, ‚materielle', welchen die anderen Fälle einer von einem materiellen Kontrakt abhängigen Stipulation als ‚accessorische' Stipulationen zur Seite gestellt werden!

Die Abgrenzung, zu der wir in Folge unserer Terminologie gelangen, erscheint uns aber deshalb als eine innerlich gerechtfertigte, weil diejenigen Geschäfte, welche sich in Folge derselben jetzt unter den ‚abstrakten' zusammenfinden, mehr des Gemeinsamen haben als Trennendes: sie vereinen sich im Gegensatz zu der anderen Kategorie von Verträgen und die Grenzlinie zwischen diesen beiden Kategorien der abstrakten und der materiellen Verträge in unserem Sinne ist jedenfalls eine tiefere und markantere, als diejenigen, welche sich zwischen den einzelnen abstrakten Verträgen hinziehen mögen. Sollte die ‚materielle' Stipulation: ‚quod ex vendito debes' der ‚abstrakten' Stipulation nicht bedeutend näher stehen, als dem ‚materiellen' Kaufgeschäft?

Die materiellen Verträge wollen wir nun im Gegensatz definieren als solche, welche völlig abhängig sind von ihrer materiellen causa, welche nur in unmittelbarem und untrennbarem Zusammenhang mit dieser überhaupt zur Geltung gelangen können.

Die Abgrenzung, zu der wir in Folge unserer Terminologie gelangen, erscheint uns aber auch praktisch erwünscht,

weil sie uns ein Kriterium gibt für unsere Novation: nur die abstrakten Verträge in unserem Sinne sind fähig, eine Novation zu bewirken, nicht die materiellen. Denn weil bei der Novation die materielle alte causa beibehalten wird und deshalb die neue Obligation in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu ihr sich befindet, deshalb ist zur Novation nur ein solches Geschäft geeignet, welches von der materiellen causa abstrahieren, dieselbe ausserhalb des Versprechens liegen lassen kann, selbst nur eine formelle causa enthält. Die in der reagierenden Wirksamkeit der causa, insbesonders der ihr entnommenen Anfechtung sich äussernde Abhängigkeit ist, weit entfernt davon, ein Argument gegen die abstrakte Natur des Novationsgeschäftes zu sein, gerade charakteristisch für dieselbe.

Nun ist allerdings auch das Gegenteil behauptet, die Novation sei ein materieller Vertrag; oder sie könne wenigstens ein materieller Vertrag sein. Wenn man dies damit begründet [so Unger[1]], dass das obligatorische Versprechen nur in Verbindung mit seiner causa „in Betracht komme", so ist mit dieser Auffassung bei der Unbestimmtheit des Ausdrucks schwer zu rechnen. Ein Beispiel von Unklarheit scheinen mir sodann die Ausführungen von Heyrovsky (Vierteljschr., XXI, S. 586 ff.) zu sein: auch er findet die „materielle" causa, gleich der später zu besprechenden Theorie, in der Aufhebung der alten Obligation durch Begründung einer neuen; dies sei der „Bestimmungsgrund", welcher die stipulatio debiti von anderen Stipulationen unterscheide; dies sei der „alleinige Grund" des Novationsgeschäftes, neben welchem „Grunde" eine „andere selbständige causa" nicht vorkommen könne; S. 588 wird dann als „Bestimmungsgrund" die alte, zu novierende Obligation bezeichnet etc.

Der „materielle Vertrag" wird damit motiviert, dass die materielle causa die Aufhebung der alten Obligation durch die neue sei; oder (Windscheid): die Novation könne wenigstens zum materiellen Vertrag dadurch werden, dass sie obige Absicht

---

[1]) Unger in den „Jahrb. für die Dogmatik des heut. r. u. d. Privatrechts", Bd. VIII, S. 179 ff.

oder, wie Windscheid sagt, den ‚Bestimmungsgrund' — womit er ebenfalls diese Aufhebung durch Neubegründung meint — „in sich aufnehme". Und wenn man gegen diese Theorie nichts einzuwenden hat, als dass in der Regel die Parteien den neuen Vertrag nicht schliessen, um den alten aufzuheben, sondern umgekehrt den alten aufheben, weil sie den neuen schliessen (Bruns, l. c.), so wäre damit für unsere Auffassung — selbst abgesehen davon, dass wir für das ältere Recht jedenfalls das Gegenteil annehmen wie Bruns — wenig gewonnen, denn es bliebe die Differenz, dass hier mit einem Male diese Absicht, die alte Obligation aufzuheben, als „materielle causa" erscheint.

Einige Worte über diesen Widerstreit der Meinungen. Derselbe dürfte sich aus zwei Momenten erklären: einmal werden die verschiedenen möglichen ‚Zwecke', entferntere und nähere Zwecke, durcheinander geworfen; sodann aber ist der Streit ein terminologischer, veranlasst durch die verschiedenen Bedeutungen der „causa", welche man nicht scharf auseinander hält. Die causa hat zwei Hauptbedeutungen, welche wir bereits kennen gelernt haben: die materielle und die formelle causa; jede dieser causae kommt aber wieder in zwei Modifikationen vor, jede lässt sich bestimmen sowohl subjektiv wie auch objektiv. Wir haben oben die formelle causa im objektiven Sinne kennen gelernt, bestehend in den Stipulationsworten. Manche verbinden dagegen offenbar mit ‚formeller causa' eine subjektive Vorstellung. Man kann nun allerdings die Absicht der Aufhebung durch Neubegründung, also den animus novandi, als den ‚Zweck der Novation' bezeichnen, man meint dann den Zweck der Handlung, aber dies ist nur der nächste Formalzweck, nur ein Mittelzweck, über den eigentlichen wirtschaftlichen Zweck ist damit nichts gesagt; es bleibt sonach die Frage nach dem wirtschaftlichen Zweck. Man muss eben unterscheiden den Zweck des Novationsaktes, des Novationsgeschäftes: das Geschäft als solches hat seine causa nicht in dem alten Rechtsgeschäft, weder die objektive causa: vielmehr sind dies die Stipulationsworte, noch die subjektive causa: vielmehr ist dies der animus novandi; wohl aber die Verbindlichkeit als solche; das alte Rechtsgeschäft mit seinem

wirtschaftlichen Zweck ist der Existenzgrund, der juristische Rechtfertigungsgrund des ganzen wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen den Parteien, des Kreditverhältnisses. Dass in den Quellen ‚causa' auch in objektiver Beziehung gebraucht wird, ist zweifellos („causa non secuta"; „sine causa"), gemeint ist hier die Realisierung des Zweckes; in der Litteratur denkt man bei „causa" mitunter an das alte Rechtsgeschäft; dass sich diese Auffassung nicht aufrecht erhalten lässt, ergibt sich sofort, wenn von „Identität der causa" gesprochen wird: das alte Rechtsgeschäft wird doch nicht erhalten!

Wir sehen also, dass sich die abweichende Theorie erklärt aus dem Gebrauch der causa in einer anderen Bedeutung: jener Theorie schwebt die formelle causa, und zwar in ihrer subjektiven Beziehung vor, der Formalzweck; unrichtig ist es aber jedenfalls, hier von ‚materieller' causa zu reden, was nur auf einer Verwechslung der verschiedenen Bedeutungen der causa beruhen kann: Die materielle (subjektive) causa, das ist der alte Zweck, der wirtschaftliche Zweck, welchen das Recht bei dem alten Rechtsgeschäft voraussetzt; diesem Zweck wird in der neuen Form besser gedient, er wird also festgehalten.

Wir halten also unsere frühere Auffassung fest, dass für die Novation wesentlich ist die Konservierung der materiellen alten causa und ein ‚abstraktes' Geschäft als novierendes. Weil ein abstrakter Vertrag notwendig ist, die abstrakten Verträge aber immer notwendig einseitige sind, so ergibt sich weiterhin für die Novation, dass nur ein einzelnes Forderungsrecht noviert werden kann, nie ein ganzes obligatorisches Verhältnis.

Mit dieser Auffassung haben wir ein festes und bleibendes Kriterium der Novation, welches uns sichere Grenzlinien des Institutes ziehen lässt. Niemals kann eine materielle Obligation durch Novation in eine andere materielle Obligation ‚verwandelt' werden: sie kann nur durch mutuus dissensus aufgehoben und gleichzeitig eine andere, auch mit demselben Objekt, eingegangen werden. Nur ein abstraktes Geschäft kann die an einen bestimmten Rechtsgrund geknüpfte Obligation ablösen und eine andere an ihre Stelle setzen unter Beibehaltung dieses Rechtsgrundes.

Einige der am nächsten jenseits der Grenze liegenden Akte! Die sogenannte Umwandlung eines Kaufs in einen anderen mit höherem Kaufpreis charakterisiert sich juristisch als zwei Akte, welche ganz unabhängig voneinander sind — das heisst objektiv, der psychologische Zusammenhang, wonach der eine als Ersatz für den anderen vorgenommen wird, kommt hier nicht in Betracht Jeder ist selbständig gültig ohne Beeinflussung seitens des anderen: Aufhebung eines Kaufs, Eingehung eines Kaufs (l. 2. D. 18, 5: discessimus a priore emtione.... atque ita consistit posterior emtio quasi nulla praecesserit)[1].

Ferner: ich gebe einem Depositar das deponierte Geld als Darlehn: l. 15. D. 12, 1:

cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta;

eigentlich sind zwei Traditionen notwendig, eine (Rück-) Zahlung und eine Darlehnshingabe, diese erfolgen aber nicht reell, sondern werden ersetzt durch einen einfachen Willensakt; aber juristisch bleiben es immer zwei getrennte Akte. Es besteht hier kein Kausalzusammenhang, kein juristisches Band: an die Stelle des alten wird ein neuer Vertrag mit selbständiger materieller causa gesetzt; wird die zweite Obligation für nichtig erklärt, so bleibt die erste doch aufgelöst (sonst müssen die Parteien die erste aufheben unter der Bedingung des Zustandekommens der zweiten Obligation). Sonach ist als unrichtig zu bezeichnen die Behauptung Dernburgs: nicht selten kleide sich die Novation auch in die Form, dass der Schuldner das Schuldobjekt als Darlehn behalten solle, z. B. geschuldete Kaufgelder.

Eigentümliche Ansichten entwickelt Römer[2]): er erklärt das gleichzeitige Bestehen der Verpflichtung aus einem Mandat und aus einem Darlehn auf Zahlung der betreffenden Summe für ‚denkbar', das Darlehn in der fraglichen Anwendung sei kein materiell-individualisierter Vertrag mehr, sondern ein Vertrag, durch welchen eine bereits geschuldete Leistung „als solche" wiederholt versprochen werde. Aber Gegenstand des

[1]) Diesen Fall behandelt z. B. Thibaut § 525 als Novation.

[2]) „Bedingte Novation" S. 14 ff.

Darlehus ist nicht die bereits geschuldete Leistung als solche, sondern lediglich eine gleich hohe Summe.

Wenn man das Erfordernis der eadem causa fallen lässt — wie es das französische Recht[1]) thut, welches als ‚Novation‘ jede Substitution einer Obligation durch eine andere gelten lässt —, so haben wir eben keine Novation mehr. Deshalb ist diese Bestimmung des Code civil vom theoretischen Standpunkte aus auch zu missbilligen; das Fallenlassen des idem debitum würde sich freilich als konsequente Weiterentwicklung des Zustandes, wie wir ihn bei Justinian trafen, rechtfertigen, aber die eadem causa wahrt der Novation auch nach Wegfall der Stipulationen einen selbständigen Charakter, so dass, wenn man sie trotz Wegfalls der Stipulation überhaupt noch als möglich anerkennt, ihr dieses selbständige Wesen erhalten bleiben muss. Die französische Litteratur (Gide, Bufnoir etc.) hat dann freilich Recht, wenn sie lehrt, dass diese moderne „Novation“ mit dem römischen Recht nichts gemeinsam hat als den Namen, aber es fragt sich denn doch, ob man einem solchen Institute noch den mit einer bestimmten Vorstellung verknüpften Namen beilegen darf.

b) Einfluss der eadem causa. Das Moment der eadem causa zeigt sich nun aber praktisch in einem Abhängigkeitsverhältnis der alten und der neuen Obligation. Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt hervor in einer doppelten Richtung:

1. Der Untergang der alten Obligation ist abhängig von der Entstehung der neuen; die alte bleibt insbesondere bestehen, wenn die Bedingung der neuen defiziert, was nicht zu verstehen wäre, wenn die neue Obligation eine neue materielle causa hätte.
2. Die Entstehung der neuen Obligation ist abhängig von der Existenz der alten.

Fällt die Bedingung der alten Obligation aus, so kommt die neue nicht zu Stande (l. 8. § 1. l. 14. § 1. D. h. t.); Bährs[2]) Erklärung, dass hier die Bedingung auf die Stipulations-

[1]) Code civil art. 1271.

[2]) Bähr, „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“.

verpflichtung „stillschweigend übertragen werde“, ist wohl sehr künstlich.

Existiert die alte Obligation zur Zeit der Novation nicht, so muss man unterscheiden:

1. ist kein Bezug auf sie genommen, so ist die neue Obligation jedenfalls gültig, kommt eine Stipulation doch auch ohne Novation vor, aber sie ist anfechtbar wegen mangelnder causa;
2. was den Fall betrifft, wo Bezug auf die alte Obligation genommen ist, so steht hier *nicht nur* Mangel der causa in Frage, sondern zugleich Nichtexistenz des Objektes, und deshalb ist die neue Obligation hier inhaltlos (nicht blos anfechtbar).

Ist die alte Obligation durch exceptio entkräftbar, so ist zunächst darauf zu achten, ob der Promittent dieselbe kannte: dann muss man wohl einen Verzicht annehmen. Im Übrigen ist es einerlei, ob die alte Schuld ipso iure oder ope exceptionis ungültig ist; nur wenn die exceptio eine naturalis obligatio übrig lässt, so genügt diese als Grundlage für die Novation (s. o.); regelmässig wenigstens: in l. 20. D. 14, 6 ist das Gegenteil ausgesagt, aber diese Entscheidung hat ihren Grund wohl in den besonderen Konsequenzen des sc. Macedonianum (ich beziehe den Irrtum auf die Thatsache der eingetretenen Selbständigkeit); man darf diese Entscheidung nicht als eine prinzipielle ansehen, wie dies Römer (S. 46) thut.

Wenn wir im einzelnen verfolgen, in welcher Weise sich die Abhängigkeit geltend macht, so müssen wir etwa in folgender Weise unterscheiden:

I. Die Stipulation lautet abstrakt (l. 66. § 4. D. 24, 3. — l. 91. § 6. D. 45, 1. — l. 25. D. eod. — l. 31. D. 12, 6 et.):

1. unter denselben Personen: centum dare spondes?

Diese Stipulation erzeugt eine gültige Obligation, einen selbständigen Klagegrund; aber der Schuldner kann dieser entgegentreten mit einer condictio sine causa und exceptio doli. Der Schuldner hat hier also die Nichtexistenz der causa und damit der alten Obligation zu beweisen.

Salpius behauptet freilich, wenn die Veranlassung für die Eingehung der Stipulation die Annahme einer Schuld sei, so seien die Einreden, welchen die alte Obligation unterworfen war, nicht zulässig gegen die neue; er beruft sich hierfür auf l. 25. D. 45, 1 (s. o.); in dieser Stelle ist aber gar nicht gesagt, dass der Promittent in der Annahme einer Schuld sich verpflichtete! Salpius will seiner Behauptung dadurch Nachdruck verleihen, dass er auf die Analogie der effektiven Leistung hinweist, welche ja gerade bei der abstrakten Stipulation allerdings sehr nahe liegt. Aber kann nicht die effektive Leistung selbst durch condictio indebiti angefochten werden? Sodann scheint uns aber Salpius selbst nicht streng an seiner Ansicht festgehalten zu haben, sagt er doch (S. 279) bei Besprechung der promissio dotis: der Zusatz dotis namine in der Formel sei nicht notwendig gewesen (l. 23. D. 23, 3), wenn er aber nicht dagewesen sei, so habe der Promittent „den Kausalvertrag beweisen“ müssen, dieses Beweises sei er durch den Zusatz enthoben worden; später findet sich die Bemerkung (S. 306): die abstrakten Stipulationen seien „nicht absolut unanfechtbar“ gewesen, sie hätten den Schuldner aber „jedenfalls vor allem zum Beweise des Kausalvertrages genötigt, auf welchen er die Anfechtung stützen wollte“. Also doch eine Anfechtung abstrakter Stipulationen! Es findet sich aber auch — so in l. 66. § 4. D. 24, 3. — l. 25. D. 19, 1. — l. 20. D. 14, 6. — die Anfechtung abstrakter Stipulationen wegen Mängel der causa ausgesprochen.

2. Mit Wechsel eines Subjektes, Eintritt eines neuen Schuldners oder eines neuen Gläubigers.

Dies ist der Fall der sog. reinen oder abstrakten Delegation. Auch hier ist die neue Obligation gültig. Es kommen hier in Frage eine Zuwendung des Deleganten an den Delegatar, und des Delegaten an den Deleganten; aber nicht seitens des Delegaten an den Delegatar. Es kann deshalb eine condictio indebiti nur seitens des Delegaten gegen den Deleganten und seitens des Deleganten gegen den Delegatar stattfinden.

II. Verwickelter gestalten sich die Verhältnisse bei der sog. titulierten Novation, wobei ich unter titulierter Novation

eben jede nicht rein abstrakt lautende begreife, wenn sie nur irgendwie gefärbt ist, irgendwie Bezug auf die alte Schuld nimmt. Hier können wir verschiedene Abstufungen in Bezug auf die Stärke der Abhängigkeit vornehmen:

1. das Objekt wird allgemein als geschuldet bezeichnet: centum, *quae mihi debes*, dare spondes?

Dies ist der Fall der cautio indiscreta, d. h. einer Schuldurkunde — die Stipulation war ja, wie wir wissen, in späterer Zeit regelmässig ein schriftlicher Akt — welche nur die Schuld, nicht aber den Schuldgrund enthält. Auf diesen Fall bezieht sich die vielumstrittene, „berüchtigte" l. 25. D. 22, 3, welche z. T. eine augenscheinliche Übereinstimmung mit der c. 13. C. 4, 30 zeigt. Darüber, dass die l. 25 sich auf Stipulationsurkunden und auf eine stipulatio debiti bezieht, hat man sich so ziemlich geeinigt, alles andere aber ist streitig. Die Stelle besagt: wenn der Schuldner die causa bestreitet, so muss der Gläubiger dieselbe beweisen, sonst wird er abgewiesen, trotz der Stipulationsurkunde in seiner Hand, ausser wenn der Schuldner in dieser den Schuldgrund speziell angegeben hat, nisi specialiter causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Die l. 13. legt dem aus einer cautio indiscreta klagenden Gläubiger den Beweis der Auszahlung der Valuta auf.

Auf die mannigfachen Interpretationen dieser Stellen und auf die Erklärungsversuche ihres Verhältnisses zu einander einzugehen, würde mich hier zu weit führen. Die zahlreichen z. T. sehr scharfsinnigen Auslegungen und Wegdeutungen einzelner Stücke sind wohl nicht als gelungen zu erachten; dagegen dürfte neuestens nachgewiesen sein (Gradenwitz und Eisele), dass die Stelle gänzlich interpoliert ist; wir müssen aber die Vorschrift, wonach den Gläubiger in diesen Fällen die Beweislast trifft, als eine vorhandene hinnehmen.

Man erkennt nun vielfach der cautio indiscreta wenigstens die Bedeutung eines Beweismittels zu; andere bestreiten ihr (wenigstens für das römische Recht) auch diese (so Zimmermann).

Bähr (l. c.) dagegen sieht in den Worten ‚quae debes' einen Anerkennungsvertrag, welcher ein selbständiges Klag-

fundament geben und dem anfechtenden Schuldner die Beweislast aufbürden soll (s. u.).

2. Die alte Schuld ist der Gattung nach bezeichnet: centum, *quae ex vendito debes,* dare spondes? Salpius spricht hier von stipulatio adjecta causa.

Diesen Fall stellen die einen dem vorigen gleich, d. h. legen dem Gläubiger den Beweis auf; manche (Salpius) lassen hier die cautio als Beweismittel gelten, andere bestreiten ihr diese Eigenschaft auch hier für das römische Recht, nur die Praxis lasse sie als solches gelten. Andere (Witte) wollen ihr hier eine stärkere Bedeutung zuerkennen, der Gläubiger solle nur die Stipulation beweisen müssen. Das Hauptargument für letztere Ansicht soll ein Ausspruch Quintilians sein: satis est dixisse, certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, diversae partis expositio est, cur ea nondum debeantur (Inst. IV. 2, 6). Aber diese Stelle scheint mir den Fall einer abstrakten Stipulation zu betreffen: „pecuniam creditam" sind nicht die Stipulationsworte, sondern die Stipulation lautete abstract, „credita" ist nur zur Erklärung des Thatbestandes beigefügt.

Zu demselben Resultat, dass hier im Gegensatz zum vorigen Fall das Schuldbekenntnis verbindlich sei, kommt auch Windscheid auf eine, wie mir dünkt, gekünstelte Weise: es soll „wenigstens die Möglichkeit" der Frage sich ergeben, ob die ‚cautio, quae indiscrete loquitur' nicht sowohl eine cautio, in welcher der Grund der Schuld nicht angegeben sei, bedeute, als vielmehr eine solche, in welcher der Grund des Versprechens, das ist eben die Schuld, nicht bezeichnet sei (aber passt diese Erklärung zu der Definition: ... specialiter causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit?), diese Auslegung soll der c. 13. gegenüber allerdings „undurchführbar" sein, aber andererseits verlange diese immerhin auch keine ‚spezielle' Bezeichnung des Schuldgrundes, und so komme man zu der Mittelmeinung.

Bähr sieht hier wie im vorigen Fall einen Anerkennungsvertrag.

M. E. ist dieser Fall dem vorhergehenden insofern gleichstehend, als wir uns damit abfinden müssen, dass in beiden

Fällen kraft positiver Bestimmung des römischen Rechts der Gläubiger den Beweis der causa zu erbringen hatte.

Wenn wir sonach diese Beweislast des Gläubigers annehmen zu müssen glauben, so bleibt aber doch die Stipulation in solchen Fällen ein abstraktes Versprechen in unserem obigen Sinn, wenn die Trennung von der causa hier auch nur eine sehr unvollkommene und die Selbständigkeit des Stipulationsversprechens nur eine sehr schwächliche ist: aber immerhin erzeugt die Stipulation auch hier eine formell gültige, für sich bestehende Obligation, welche unabhängig von der materiellen causa zur Befriedigung des Gläubigers und zur Verurteilung des Schuldners führen kann; nur wenn letzterer Bestreitung gegen die cautio erhebt, tritt die alte causa in Wirksamkeit und zwingt den Gläubiger zu ihrem Beweis.

3. Die alte Schuld ist *nach Gattung und konkreter Erscheinung* bezeichnet; hier ist die specialis causae explanitio gegeben (auf diesen Fall nimmt auch l. 20. § 1. D. 39, 5 Bezug). Der Gläubiger ist vom Beweise frei; hier nimmt man wohl ziemlich allgemein wenigstens ein Beweismittel an.

Der Lehre Bährs, welcher auch hier einen Anerkennungsvertrag finden will, nähert sich hier Salpius; auch dieser betont das Moment der Anerkennung: durch die confessio, die „agnitio“, werde aus dem blossen Beweismittel ein „neues obligatorisches Fundament“, aber die agnitio an sich erzeuge kein neues obligatorisches Fundament, sondern obligatorisch wirksam sei nur die Stipulation (S. 309 f.), aber gleichwohl sei die agnitio ein eigentümlicher obligatorischer Vertrag, und nicht sowohl durch die Novationsstipulation, als ‚neben‘ derselben entstehe ein neues obligatorisches Fundament (S. 337 a. a. O.). Diese ganze Auffassung dürfte widerspruchsvoll sein[1]).

[1]) Die ‚agnitio‘ soll sich nach Salpius auch in der Form des constitutum ausdrücken können. Aber der Gläubiger muss doch stets beweisen: pecuniam debitam esse tempore constituti? Salpius' Argument, dass Justinian constitutum und receptum verschmolzen habe, ist lediglich ein Beweis für einen Fehlgriff Justinians.

4. In dem neuen Versprechen wird das *Schuldobjekt gar nicht genannt*, sondern das Objekt der alten Schuld wird für massgebend erklärt für die neue.

quidquid . . . dare facere oportet, dari spondes? Hier nimmt selbst Bähr Abhängigkeit an. Der Gläubiger muss Existenz sowie Umfang der in Bezug genommenen Schuld beweisen.

Bährs Theorie, dass bei der Novation die neue Obligation ebenso unabhängig von dem Bestande der alten entstehe, wie bei der Zahlung Eigentum übergehe unabhängig von dem Bestande der zu bezahlenden Schuld (S. 48 a. a. O.), müssen wir nach obigen Ausführungen als irrtümlich verwerfen. Mit dieser Behauptung hängt es eng zusammen, dass er in den obigen Fällen einen ‚Anerkennungsvertrag' finden will: die in der Stipulation sich bethätigende Anerkennung erscheint nicht als ein Beweismoment, sondern als ein Willensakt (S. 97 a. a. O.); und auch die oben erwähnte, unwahrscheinliche Erklärung (hins. des Falles, wo die alte Obligation bedingt ist) ist gegeben zur Rechtfertigung einer angeblichen ‚Ausnahme' von seinem Prinzip der Unabhängigkeit der neuen Obligation. Auf den ‚Anerkennungsvertrag' und sein Verhältnis zum römischen Recht finden wir später Gelegenheit einzugehen.

c) Rechtliche Natur der Novation im justinianischen Recht.

Wegen der eadem causa sehen wir sonach in der Novation in ihrer alten Gestalt und im justinianischen Recht, obwohl das novum anders verstanden wird, obwohl an das idem debitum nur insofern ein Anklang ist, als kein ganz anderes Objekt stipuliert werden kann, obwohl die Form der Stipulation abgeschwächt ist und ihre Bedeutung wesentlich verloren hat, dennoch ein einheitliches Institut.

Aber neben der prinzipiellen Übereinstimmung haben wir tiefgreifende Wandlungen verfolgt, und es fragt sich nun, wie dieses Rechtsinstitut, welches wir im älteren Recht als einen tilgenden Formalakt auffassten, sich im späteren Recht charakterisieren lässt.

Die Stipulation als solche, weil sie ein einseitiges abstraktes Forderungsrecht erzeugt, lässt sich vergleichen mit

einer reellen Leistung. Dass den Römern diese Auffassung nicht fremd war, dafür nur ein Beispiel, wo die Stipulation geradezu als gleichwertiger Ersatz der Baarzahlung behandelt wird: ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi (l. 19. § 5. D. 16, 1). Wir haben nun gesehen, dass bei der Novation die Form sich abschwächte, das Willensmoment in den Vordergrund trat, der animus novandi verlangt wurde. Dieser animus novandi aber ging darauf, das durch die Novationsstipulation hervorgebrachte einseitige, abstrakte Forderungsrecht an die Stelle der bisherigen Forderung des Stipulanten zu setzen; damit bekam aber die Novation einen zahlungsähnlichen Charakter, den Charakter einer Befriedigung des Gläubigers. Während im alten Recht der Schwerpunkt auf dem liberatorischen Element lag, ist jetzt das Gleichgewicht zwischen liberatorischem und obligatorischem Element hergestellt. Es wird auch behauptet, der Schwerpunkt liege jetzt ganz auf dem obligatorischen Element (u. a. Salkowski), und man beruft sich hierfür auf den Umstand, dass die Novation im Sabinussystem unter den stipulationes behandelt zu werden scheint, also als ein modus obligandi, nicht mehr wie bei Gaius — aber auch in den Institutionen! — als modus tollendi; über die Stellung im Systeme, welche ihr in den Pandekten zugewiesen sei, ist man nicht einig. Ich kann dem wenig Gewicht beilegen; beide Elemente stehen vielmehr jetzt gleichwertig nebeneinander; diese Gleichwertigkeit beider Elemente konnte natürlich nur erreicht werden durch die Accentuierung des obligatorischen Elementes, und insofern kann man immerhin sagen, der Schwerpunkt habe in gewisser Zeit auf diesem Element gelegen, aber man darf dies nicht in dem Sinne verstehen, als ob das eine Element zu einem Übergewicht über das andere gekommen sei. Es genügt nicht mehr eine formell gültige Stipulation, sondern es wird eine materiell wirksame neue Verbindlichkeit erfordert, sodass der Gläubiger für die aufgehobene Forderung einen Ersatz in der neuen erhält. Ich erinnere hier an die Behandlung bedingter Novationen, an die actiones restitutoriae, und verweise im übrigen auf die früheren Ausführungen.

Da ferner das idem debitum schwand, so näherte die Novation sich mehr der datio in solutum, denn der solutio, indem dem Gläubiger etwas anderes, als das ihm eigentlich Geschuldete zuging.

Was man gegen diese Auffassung geltend macht, trifft alles nur zu für die älteste Zeit, für welche auch wir den Gedanken der datio in solutum abgelehnt haben. Die Vertreter der Auffassung als datio in solutum wollen der Novation diesen Charakter für alle Zeiten beigelegt wissen (vor allem Witte), und diese Anschauung ist dann leicht entkräftbar, durch zahlreiche Gegenargumente (worüber im Obigen). Aber die herrschende Ansicht ist m. E. im Unrecht, wenn sie ihrerseits die Auffassung als datio in solutum für alle Zeiten als unzutreffend verwirft. Wir müssen hier wiederum unsere Grundauffassung betonen: Unterschied des älteren und des neueren römischen Rechts; zwischen beiden sind so grosse Verschiedenheiten, dass sie zwar die prinzipielle Einheit nicht aufzuheben vermögen, aber doch die Auffassung als datio in solutum für das ältere Recht als unzulässig, für das neuere als zutreffend erscheinen lassen.

Ein Hauptargument gegen unsere Annahme soll darin bestehen, dass die Novation unberührt geblieben sei von der Kontroverse, ob Tilgung ipso iure oder ope exceptionis eintrete; aber dieses Argument erledigt sich damit, dass die Novation in ihrer ersten Periode ein formeller Tilgungsakt des ius civile war, deshalb konnte von einer Aufhebung ope exceptionis nicht die Rede sein; in der Zeit aber, wo die Auffassung als datio in solutum erst möglich war, da hatte sich auch die ipso iure Wirkung der datio in solutum schon festgestellt (letzteres war bereits in der heidnischen Kaiserzeit allgemein anerkannt).

Ferner wird geltend gemacht[1]: es genüge ja eine formell gültige Stipulation, unter Berufung auf Gaius' Beispiele; dieser Einwand trifft nur diejenigen, welche die Novation auch für das ältere Recht als datio in solutum charakterisieren wollen;

[1]) So Salkowski, S. 273.

ferner: es könne eine Novation auch animo donandi oder dotis causa vorkommen (Salpius — vgl. c. 2· C. 8, 44), ähnlich Baron[1]): es handle sich um eine abstrakte Vermögenszuwendung, welche „jedem Zweck“ dienstbar gemacht werden könne; aber es kann doch wohl jede solutio und jede datio in solutum den ‚verschiedensten Zwecken‘ dienstbar gemacht werden! ich kann die Schuld jemandes credendi causa oder donandi causa bezahlen etc. Gides Polemik ist auch wenig überzeugend: wenn der Schuldner, um seine Schuld zu novieren, seinem Gläubiger etwas anderes verspreche als er ihm schuldet, so sei das keine Novation, sondern ein Akt „analog der Novation“, und er könne sich deshalb nur befreien ope exceptionis, es soll dasselbe Verhältnis sein, wie zwischen solutio und datio in solutum; nun wirkt die datio in solutum aber nach justinianischem Recht ipso iure, es passt also die Parallele zu dem ‚der Novation analogen Akt‘ nicht; sodann ist letzterer aber überhaupt schwer vorzustellen[2]). Gide selbst gesteht zu, dass man eine Stipulation, durch welche der Gläubiger mit dem Willen, seine alte Forderung aufzugeben, sich ein neues Objekt versprechen lässt, als datio in solutum auffassen kann. Da wir nun annehmen müssen (s. o.), dass in späterer Zeit das Erfordernis desselben Objektes nur ein sehr elastisches war, so ist unsere Auffassung als datio in solutum durch Gide selbst bestätigt. Wenn schliesslich Kuntze (Oblig. S. 191 f.), nach welchem auch die Annahme einer datio in solutum durch die ipso iure Tilgung bei der Novation widerlegt sein soll, weiterhin bemerkt: „nur“ in Betreff der „äusserlichen Frage der Befriedigung liesse sich die Novation der datio in solutum vergleichen“, so scheint mir diese „äusserliche“ Frage eben die Hauptfrage.

Mehrfach macht man gegen die Annahme der datio in solutum merkwürdigerweise auch geltend (so auch Kuntze, S. 136): in der datio in solutum liege Hingabe von schon Bestehendem, während bei der Novation das zu Leistende

[1]) Baron, „Gesammtrechtsverhältnisse“, S. 384 f.

[2]) Gide, p. 131 ff.

erst zur Entstehung komme. Letzteres gewiss! Es handelt sich aber gerade um die Frage, ob ‚Hingabe von schon Bestehendem' für die datio in solutum wesentlich ist, oder ob nicht vielmehr auch die Hingabe eines ‚erst zur Entstehung kommenden' sich dem Begriff der datio in solutum subsumieren lässt (und wenn dies der Fall, ob die Novation als solche eine datio in solutum ist, was mit jener Frage nicht zusammenfällt; vgl. u.).

Dass den Römern der solutionsähnliche Charakter der Novation im Laufe der Zeit entschieden zum Bewusstsein gekommen ist, bezeugen zahlreiche Quellenstellen: l. 21. § 3. D. 33, 1 per numerationem vel per novationem solutae sunt — in l. 31. § 1. D. h. t. wird der Wegfall der Obligation für sämtliche Korrealgläubiger damit begründet: cum eam stipulationem similem esse solutioni — l. 19. § 4. D. 39, 5 .... debiti solutio, si expromiserit — l. 57. D. 26, 7: wenn die Schuldscheine des Mündels verbrannt sind, so soll der Vormund die Schuldner aus dem Inventar belangen ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam — in l. 56. § 7. D. 45, 1 wird die Novation einer Forderung auf einen fundus durch stipulatio des fundus detracto usufructu verneint mit der Motivierung quia nec solvendo .... liberaberis — in l. 11. pr. D. 13, 7 wird die novatio der solutio zur Seite gestellt in Bezug auf die Tilgung des Pfandrechts, im Gegensatz zur litis contestatio — man vergleiche auch l. 10. D. h. t.: cui recte solvitur, is etiam novare potest.

Nun müssen wir aber anerkennen, dass die Römer die Novation auch in späterer Zeit nicht als eine Art der datio in solutum behandelt haben, sie nicht in dieser aufgehen liessen; obwohl sie sich der Aehnlichkeit beider bewusst waren, haben sie die Novation doch als ein vollständig selbständiges Institut daneben gelten lassen.

Weshalb haben sie dieselbe nicht einfach unter die datio in solutum gestellt? Einmal wohl deshalb, weil die Novation ihre selbständige historische Entwicklung, ihre ganz speziellen Entstehungsgründe, ihre besonderen Funktionen, insbesondere auch die besondere Form der Stipulation hatte, und der Über-

gang in die Novation des neuen Rechts ja nicht mit einem Schlage, nicht etwa durch ein legislatorisches Eingreifen geschah, sondern in einer allmählichen, schrittweisen Entwicklung im Laufe der Jahrhunderte; man könnte also höchstens von Justinian einen solchen Schritt erwarten, der ja auch sonst im Verschmelzen verschiedener Institute nicht zauderte. Aber immerhin scheint mir in der historischen Entwicklung sowie in dem Element der Stipulationsform eine vollständig genügende Erklärung für das Auseinanderhalten von Novation und datio in solutum gegeben zu sein.

Ein weiteres Moment, welches die Römer nicht auf den Gedanken einer Vereinigung beider Institute kommen liess, scheint mir der Umstand zu sein, dass die Vorstellung der Hingabe eines Forderungsrechtes an Zahlungsstatt den Römern an sich eine fernliegende war; nicht sowohl, dass dasselbe theoretisch unmöglich gewesen wäre, sondern dass ihnen diese Auffassung eine ungewohnte war und dieselbe sich nur allmählich und nur unvollkommen eingeführt hat. Dass bei der datio in solutum als das Normale, Regelmässige die Hingabe einer Sache angesehen wurde, darauf deutet schon die Terminologie: nur zwei Stellen m. W. sprechen allgemein von aliud pro alio solvi (G. 3, 168 und l. 2. § 1. D. 12, 1), ganz regelmässig heisst es dagegen ‚rem pro re' (und res im eigentlichen, gewöhnlich gebrauchten Sinne umfasst die Forderung nicht) und vielfach ist die Rede von ‚dari'. Vor allem aber: wie sollen wir uns den Fall der Hingabe einer Forderung in solutum denken? Die direkte Übertragung einer Forderung, wie sie uns zunächst vorschwebt, war den Römern unbekannt und sie halfen sich mit dem Umweg der Novation, wir stossen also wieder auf die Novation; später suchte man den praktischen Erfolg auch auf dem Umweg des Prozessmandates zu erreichen. So ist denn in der c. 3. C. h. t. nur die Rede von actiones creditori mandare solvendi causa und die Worte ‚vel aliquid.... denuntiaret' dürften interpoliert sein[1]). Der Gläubiger hat lediglich ein Prozessmandat, welches der Schuldner bis

[1]) Bähr, Dogm. Jahrb., Bd. I, S. 375 f.

zur litis contestatio widerrufen kann, das Geschäft wurde also erst perfekt und es ging das periculum der Insolvenz erst über mit der litis contestatio; die Kompilatoren haben dann die obigen Worte eingeschoben, um anzudeuten, dass nach justinianischem Recht die Forderung schon früher überging; aber auch im späteren Recht ging nicht die civile Forderung über (s. später).

Nun konnte eine Forderung aber auch noch auf andere Weise durch eine andere Forderung getilgt werden: durch die delegatio (s. o.). Wenn A den B anweist, dem C zu promittieren, und B auf Grund dieser Anweisung auf die Frage des Gläubigers: centum dare spondes? antwortet: spondeo (modern gesprochen, wenn der Assignat acceptiert), so wird es nach römischem Recht so angesehen und gehalten, als wenn B an A und A an C baar die hundert ausbezahlt hätte. Lag der delegatio ein Schuldverhältnis des A gegen den C zu Grunde, so wird A mit der Promission des B befreit, ebenso als wenn er gezahlt hätte: solvit, et qui reum delegat. Wir hatten hier zunächst den Fall der reinen Delegation vor Augen. Bei der ‚titulierten‘ sind zwei Fälle scharf auseinander zu halten: wenn der Schuldner B dem C verspricht, was er bisher dem A schuldete: quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes?, so wurde die Forderung des A gegen den B (Delegant gegen Delegat) aufgehoben; ausserdem kann aber, falls ein Schuldverhältnis zwischen A und C bestand, die Forderung des C gegen den A aufgehoben werden, dies geschieht aber nicht durch Novation, was schon nach der Fassung der Formel ausgeschlossen ist, sondern durch die nach römischer Auffassung in der Delegation liegende solutio (hierher gehört c. 16. C. 8, 43. Unzutreffend wohl Witte, VIII, 347 f.). Anders, wenn der Gläubiger stipuliert: quod Titi*um* mihi dare oportet, id mihi dare spondes?, hier wird die Forderung des Delegatars (C) gegen den Deleganten (A) durch Novation zerstört; auf einen Fall der letzteren Art dürfte sich c. 3. C. h. t. beziehen.

Auf diese Fälle der in der Delegation liegenden solutio sind, wie es scheint, eine Reihe von Quellenstellen zu beziehen, deren Bedeutung freilich eine bestrittene ist. Solange man

in der Delegation lediglich eine species der Novation sah, konnte man diese Stellen als beweisend ansehen für die Auffassung der Novation als datio in solutum. Andererseits hat man, in dem richtigen Bestreben, Novation und Delegation zu trennen als Dinge, die an sich nichts zusammen zu thun haben (vgl. hierüber im Anfang), in allen hier in Betracht kommenden Stellen den Novationsgedanken ausscheiden wollen, und insbesondere ist Salpius in dem Ausschluss desselben wohl zu weit gegangen (nach ihm soll delegare im technischen Sinn überhaupt nur die ‚reine' Delegation im Gegensatz zur novatorischen bezeichnen; aber bei der diesem Ausdruck eigenen weiten Bedeutung umfasst er vielmehr jede Art der Delegation, auch die novatorische). Man hat dann aus diesen Stellen argumentiert, dass den Römern der Begriff einer datio in solutum durch Konstituierung eines Forderungsrechtes nicht unbekannt gewesen sei, und da sie — wie auch wir anerkennen — die Novation nicht als eine Unterart der datio in solutum bestimmt charakterisiert hätten, so sei damit die Unstatthaftigkeit der Auffassung der Novation als datio in solutum dargethan (Windscheid).

Worauf sich die einzelnen Fälle beziehen, ist kaum zu entscheiden, weil sie uns meist den Thatbestand nicht vollständig angeben. Selbst Windscheid bemerkt bei Aufführung der Quellenstellen, auf welche er seine obige Behauptung stützt, es sei bei denselben „nicht zweifellos", ob „wirklich datio in solutum und nicht vielmehr Novation" angenommen werden müsse.

Es gehören in diesen Zusammenhang Aussprüche, wie: solvit, qui delegat (l. 8. § 3. D. 16, 1) — solutionis vicem habet delegatio (l. 37. § 4. D. 38, 1) — qui debitorem suum delegat pecuniam dare intelligitur (l. 18. D. 46, 1) — Seneca: delegatione et verbis perfecta solutio sit (de benef. VI, 5. § 2) — ferner l. 5. l. 19. § 5. D. 16, 1 — l. 26. § 2. l. 45. § 7. D. 17, 1 — l. 21. § 1. D. 39, 5 — l. 1. § 8. D. 44, 5 —

Vgl. zum Ob. auch Fitting, „Die Natur der Korrealobligationen", S. 50–58.

l. 187. D. 50, 16 — c. 16. C. 8, 48. Andere Stellen, welche man (Salpius) ebenfalls hierher hat ziehen wollen, sind dagegen für die Novation in Anspruch zu nehmen, so l. 31. D. h. t. — l. 21. § 3. D. 33, 1 etc.

Hinsichtlich der übrigen muss man m. E. wohl annehmen, dass sie im allgemeinen sich nicht auf die Novation als solche beziehen, sondern auf die Delegation. Wenn wir hier also thatsächlich eine Abfindung des Gläubigers durch eine Forderung sehen, so fassten die Römer diese Fälle, wie aus obigen Stellen ersichtlich, nicht als datio in solutum, sondern als solutio auf; und diese solutio lag nach ihrer Auffassung nicht sowohl in der Begründung einer neuen Forderung, als in der **wirksamen** (d. h. zur Promission führenden) Überweisung des Schuldners. Ich glaube demnach, dass wenn auch in späterer Zeit die Übertragung einer bestehenden Forderung mit Hülfe des prätorischen Rechts als datio in solutum erscheinen mochte[1]), wir immer noch daran festhalten können, dass eine datio in solutum (nicht durch Übertragung einer Forderung, sondern) durch Neubegründung einer Forderung, den Römern eine fremde Auffassung war.

Dass aber den Römern aus obigen Ursachen die Stellung der Novation unter die Rubrik der datio in solutum fern lag, ist nicht entscheidend für unsere Auffassung: für unsere Auffassung macht es keinen Unterschied, ob derjenige, der hundert Mark schuldet, an Stelle derselben eine Sache von gleichem Wert gibt mit Einwilligung des Gläubigers, oder ihm eine Forderung — sei es eine bestehende überträgt — sei es eine neuentstehende konstituiert; ebenso bestehen die formellen Schwierigkeiten hinsichtlich Stipulation und nudum pactum für uns nicht; *wir* müssen deshalb sagen, dass die Novation im späteren römischen Recht den Charakter einer datio in solutum hat: Tilgung einer bestehenden Obligation durch Kon-

[1]) Thöl (§ 324) nimmt an, dass die Cession überhaupt in dubio nur zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt erfolge: sieht man auf die historische Entwicklung der Cession, als ursprünglich einer blossen Ermächtigung zur Einziehung einer übertragenen Ausübungsbefugnis, so hat diese Ansicht viel für sich.

stituierung eines einseitigen Forderungsrechtes, Abfindung des Gläubigers durch Errichtung einer neuen Forderung, sonach Tilgung einer Forderung durch Äquivalente unter Zustimmung des Gläubigers: das eben verstehen wir aber unter datio in solutum. Weshalb man aber „der juristischen Logik den Tribut schuldig sein soll, von Haus aus inkompatible Begriffe mit den Namen zu nennen die ihnen zukommen“ (Hellmann), wenn sie in der Entwicklung ineinander geflossen sind, ist nicht einzusehen.

Man könnte vom Standpunkt der herrschenden Meinung gegen unsere Auffassung geltend machen einen Unterschied zwischen Novation und datio in solutum hinsichtlich solidarischer Obligationen. Aber dieser Punkt ist sehr zweifelhaft. Jedenfalls darf man m. E. annehmen, dass die ganze Korrealobligation durch Novation zerstört wird (vgl. insb. l. 20. D. 16, 1: si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori; ebenso hins. der aktiven: l. 8. § 11. D. eod.); dass die Römer diese Zerstörung der Korrealobligation aus der „Einheit“ derselben gefolgert haben sollen, erscheint mir wenig wahrscheinlich, und in l. 31. § 1. D. h. t. wird diese objektive Wirkung der Novation geradezu gerechtfertigt durch den Vergleich mit der solutio: cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; es dürfte jene Wirkung also vielmehr eine Folge des Charakters der Novation als Erfüllungssurrogat sein, dann muss man dieselbe Wirkung aber auch bei blos solidarischen Obligationen anerkennen.

Man hat ferner eine praktische Differenz, welche gegen die Gleichstellung sprechen soll, im Falle der Novation einer Spielschuld resp. der datio in solutum für eine solche finden wollen. Aber diese Differenz würde doch nur für das heutige Recht in Betracht kommen, da nur nach heutigem, nicht nach römischem Recht das auf eine solche Geleistete nicht zurückforderbar ist, und bei Besprechung des heutigen Rechts wollen wir deshalb auf diesen Punkt zurückgreifen. Betonen möchte ich aber auch hier, dass gewisse Differenzen in einzelnen Punkten in keiner Weise die Zusammenfassung im Prinzip übereinstimmender Begriffe unter einer Gesamtkategorie hindern.

Zur Deckung unserer Ansicht seien aus dem Wirrwarr widersprechender Meinungen, aus älterer wie aus neuerer Zeit, je eines der grössten Juristen Worte hier angeführt.

Donellus (comm. iur. civ. l. XVI. C. 20) spricht sich mit Bestimmtheit für den Charakter der Novation als datio in solutum aus:

> at novatio est haec ipsa alterius rei praestatio pro eo quod prius debebatur. Habet enim novatio obligationem novam, quae tanquam traditus creditori, qua ille contentus sat habet, ut priorem debitorem liberet, quasi ea re alia pro priore debito excepta.

(Ebenso übrigens Vinnius, comm. ad. Inst. in § 3 quib. mod. obl. toll:

> in novatione solutio quaedam est et qualis naturalis praestatio, qualis est, quum pro eo, quod debetur, praestatur aliud volenti creditori.)

Und Savigny[1]):

> die Novation ist ein wahres Surrogat der Zahlung, mit der datio in solutum von ganz gleicher Natur.

Später äussert er freilich Bedenken wegen der „etwas zweideutigen Natur“ der Novation; für uns erklärt sich diese allerdings zweideutige Natur durch die Verschiedenheit des älteren und des neueren Rechts, für das letztere finden wir danach keinerlei Bedenken gegen die Auffassung als *datio in solutum*.

Wir haben unser nächstes Ziel erreicht: ausgehend von der Novation als einem formellen Tilgungsakt sind wir zu der Novation als einer materiellen Befriedigung des Gläubigers, als dem Charakter nach einer datio in solutum gelangt.

---

[1]) v. Savigny, „Das Obligationenrecht“, S. 164—168.

Name und Begriff der Novation haben bis in die neueste Zeit in Litteratur und Gesetzgebung eine grosse Rolle gespielt, freilich in mannigfacher Verkennung des wahren, der römischen novatio eigentümlichen Wesens. Die ältere Doktrin verstand darunter: jede Veränderung, welche mit einer Verbindlichkeit vor sich geht. Von diesem Ausgangspunkt kam man zu der Einteilung der Novation in cumulativa und privativa; dass erstere mit der Novation nichts zu thun hat, als ihr Gegensatz zu sein, ist offenkundig. In dieser vagen Bedeutung als ‚Substitution einer Obligation an Stelle einer anderen' ist die Novation auch in die neueren Gesetzbücher übergegangen, so wie erwähnt in den Code civil (art. 1271), ebenso in das preussische allgemeine Landrecht (I. 16. § 454), und ähnlich auch in das österreichische Gesetzbuch (§ 1375 und 1376, vgl. Hruza).

II. Das heutige gemeine Recht. A. Divergenz der Ansichten.

In der heutigen Doktrin des gemeinen Rechts gehen die Ansichten über Anwendbarkeit und Bedeutung der Novation noch mehr auseinander, wie über ihren Charakter im römischen Recht. Sie ist ganz unpraktisch, sagen die einen, ein rechtshistorischer Begriff — die anderen lehren die römischen Grundsätze als geltendes Recht, ja nach Kuntze soll die Novation „eine der granitenen Säulen sein, welche der Vergänglichkeit Trotz bieten".

Nach einen soll heute die Novation nur bewirkt werden können durch formelle Verträge (Wechsel), nach anderen soll sie gerade durch solche nicht möglich sein.

Was zunächst in die Augen fällt, ist das Verschwinden der Stipulationsform; sie ist in Deutschland überhaupt nicht rezipiert worden. Manche erachten die Stipulation nun für so wesentlich für die Novation, dass mit deren Verschwinden das ganze Institut in Wegfall gekommen sei: denn eine neue bestimmte Form hat sich für dieselbe jedenfalls nicht ausgebildet, als Ersatz müsste also regelmässig der formlose Vertrag eintreten, und diesem wird die Kraft, Ersatz der Stipulation sein zu können, bestritten, weil jene, nicht aber dieser, der

materiellen causa entbehren könne, weil zwar die Stipulation, nicht aber der formlose Vertrag eine selbständige, in sich selbst wirksame causa enthalte[1]). Es wird behauptet, abgesehen von Wechsel, ev. Inhaberpapieren, hätten wir nur materielle Verträge, es sei stets die causa anzuführen. Wir stossen hier auf eine vielumstrittene und schwierige Frage.

B. Theoretische Möglichkeit der Anwendung. Die Stipulation war, wie man gewöhnlich sagt, ein „Formalakt", oder wie wir lieber sagen wollen, ein abstrakter Vertrag. Denn der Ausdruck Formalakt ist missverständlich: er erweckt von vorneherein die Vorstellung, als wenn diesem Vertrag eine bestimmte Form wesentlich sei; auch Bährs sonst so klaren Ausführungen leiden unter dem mehrdeutigen Gebrauch des Wortes „formal"; gestützt auf den „Formalakt" kann man dann mit dem Schein des Rechts sagen: der ‚formlose' Vertrag scheint uns nie ‚Formalakt' sein zu können (so Brinz). Allerdings! Auch Windscheids „reiner" Vertrag scheint mir nicht ganz glücklich, man könnte den Eindruck bekommen, als hätte dieser Vertrag keine causa. Wir behalten sonach den Ausdruck ‚abstrakter' Vertrag in dem oben ausgeführten Sinne bei; ‚formell' beziehen wir auf die äussere Erscheinungsform, im Gegensatz zu formlos.

Wie die Stipulation, so waren auch die anderen abstrakten Verträge des römischen Rechts formelle, sie waren an eine bestimmte Form gebunden, sie waren, um mit Bähr zu reden, positiv- und negativ-formell zugleich; die formlosen Verträge dagegen waren materiell, individualisiert.

Auch unsere modernen formellen Rechtsgeschäfte, insbesondere der Wechsel, sind abstrakte; und es erscheint mir daher richtiger, wenn solche Schriftsteller, welche den formlosen Vertrag als ungeeignet zur Novation verwerfen, eine solche wenigstens durch diese abstrakten Geschäfte zulassen[2]).

Aber wie steht es heute mit dem formlosen Vertrag? Können die Parteien formlos durch ihren blossen Konsens, nudo consensu eine abstrakte Verpflichtung erzeugen?

[1]) Vgl. Gneist, „Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts", S. 229 f. — Adickes, „Zur Lehre von den Bedingungen", S. 141 f. — Förster, „Preuss. Privatrecht", I. § 97.

[2]) So Keller, Pand., S. 537. — Baron, Gesamtrvh., S. 384.

Windscheid will die Möglichkeit der Novation für alle Fälle, auch bei Verneinung obiger Frage, aufrecht erhalten, und Karlowa will diese Möglichkeit lediglich deshalb zugeben, weil der formlose Vertrag ja dadurch zu einem „materiellen“ werde, dass die Parteien — was ihnen ja freisteht — den Bestimmungsgrund: die Aufhebung der alten Obligation durch die neue, in denselben aufnehmen. Aber ob die Parteien diesen „Bestimmungsgrund“, oder wie wir lieber sagen wollen, die formelle causa (in ihrer subjektiven Beziehung) in den Novationsvertrag aufnehmen, deshalb bleibt der Vertrag um nichts weniger ein ‚abstrakter‘ in unserem Sinne; und es handelt sich hier nicht lediglich um einen terminologischen Streit: einmal ist es schon misslich, offenbar verschiedene Dinge mit demselben Namen zu bezeichnen, denn dass dieser von Windscheid sogenannte „materielle“ Vertrag verschieden ist etwa von einem Kaufgeschäft, geht doch schon daraus hervor, dass eine Novation durch letzteres ein juristisches Unding ist, wie es Windscheid ja auch selbst annimmt; für einen Kauf etc. haben wir nun aber einmal keinen anderen Namen als ‚materieller‘ Vertrag, und Windscheid selbst bezeichnet ihn so: weshalb also die irreführende gleiche Bezeichnung materiell verschiedener Geschäfte? Sodann aber: wenn die Parteien novieren wollen, so wollen sie unabhängig sein von dem alten Rechtsgeschäft und allem, was sich diesem etwa entgegensetzen lässt, ohne jedoch die alte causa fallen zu lassen, und dies wollen sie um nichts weniger, wenn sie die Aufhebung der alten Obligation — eine darauf gerichtete Absicht ist ja schon bei Justinian stets wesentlich — in den Vertrag selbst hineinnehmen. Ob sie dieses auf formlose Weise können, das ist eben die Frage; diese Frage kann aber nur einheitlich beantwortet werden[1]).

In ähnlicher Richtung wie Windscheid bewegt sich Salpius[2]); er nimmt aber schon dann einen „materiellen Vertrag“ an, wenn der Inhalt der neuen Obligation bestimmt wird aus dem Inhalt der bestehenden, und weil nach seiner Be-

[1]) Windscheid, S. 369 f., 376. — Karlowa, „Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung“, S. 260 f.

[2]) Salpius, § 77 und 78.

hauptung im justianischen Recht lediglich solche „materiellen“ Stipulationen vorkommen, deshalb, und nur in dieser Gestalt nimmt er die praktische Geltung der Novation durch formlosen Vertrag an; eigentümlich bei ihm, jedoch konsequent von seinem Standpunkte, ist die Verneinung der Möglichkeit einer Novation durch Wechsel. Mit Salpius' Ansicht haben wir uns früher auseinandergesetzt.

Wenn man nun behauptet, mit Wegfall der Stipulation sei auch die Möglichkeit abstrakter Verpflichtungen aus dem gemeinen Recht entschwunden, so kann man umgekehrt mit demselben Recht aus diesem Wegfall der Stipulation auch schliessen, dass der Gedanke, dessen Träger sie war, von der Verquickung mit der Form befreit worden ist. Dass der Wille die Kraft hat, durch ein von seiner causa isoliertes Versprechen eine gültige Verpflichtung zu erzeugen, das hat auch das römische Recht anerkannt, nur dass der auf solchen Effekt gerichtete Wille diese Fähigkeit nur hatte im Weg der formellen Verträge, im Gewande einer bestimmten Form, weil der formlose Vertrag keine civilrechtliche Anerkennung gefunden hatte. Kann man deshalb bei äusserlicher Betrachtung auch sagen, die Form habe diese Wirkung, und haben wir selbst oben ausgeführt, dass nur die abstrakten „Obligationen“ fähig seien...., so ist es in Wahrheit doch der auf Begründung einer solchen gerichtete Wille; die Form hat nur die Bedeutung — wir sehen hier ab vom älteren Recht — einer condicio sine qua non, aber die causa efficiens ist und bleibt der Wille, nur zu dessen Erklärung verlangte das römische Recht eine bestimmte Form.

Und wenn man das siegreich durchringende Prinzip der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge verfolgt, wonach die bindende Kraft eines Vertrags nicht abhängt von einer bestimmten Form, sondern lediglich von Inhalt und Zweck, so muss man, selbst wenn man die Zulässigkeit abstrakter Verpflichtungen daraus nicht unmittelbar folgern will, jedenfalls doch zugestehen, dass diese jenem Prinzip allein konform ist; wenn man ferner bedenkt, in welch' abgeschwächter Gestalt uns die Stipulation im späteren römischen Recht entgegen tritt, wie eigentlich nur die Gegenwart der Parteien noch an

eine Form erinnert, wie sie ihre materielle Bedeutung, ihre schöpferische Eigenkraft verloren hat und nur noch als eine äusserliche Hülle dient für den Willen der Kontrahenten, welcher das wirklich Rechtswirksame ist, wie muss man anerkennen, das mit der Form nicht das Wesen verloren ging, sondern nur eine lästige Schale abgestossen wurde. Wir glauben also, mit Savigny (System II, § 77) sagen zu dürfen, dass in Deutschland das Recht der Stipulation ohne die Stipulation selbst eingedrungen ist.

Empfand aber schon das römische Recht das Bedürfnis nach einem derartigen abstrakten Geschäft, so viel mehr das heutige! Dasselbe hat im Wechsel zu einer viel strengeren abstrakten Verpflichtung geführt, welche ja Jedermann offen steht; im kaufmännischen Verkehr sind die Verpflichtungsscheine in ihrer abstrakten Wirkung anerkannt (Hgesetzb. art. 301); in den Vorschriften über die Grundschuld ist die Verbindlichkeit des abstrakten Versprechens sanktioniert.

„Der von Formen entfesselte Wille kann keine geringere Kraft haben, als der an Formen gebundene“, dieser Satz Bährs entspricht allein der Rechtsanschauung wie dem Rechtsbedürfnis. Was Karlowa[1]) dawider ausführt, erscheint nicht stichhaltig: die Rechtsordnung macht nicht die Verselbständigungskraft, sondern sie erkennt die Verselbständigungskraft des Willens an.

Übrigens hat man nie bezweifelt, dass in den Fällen des Eintritts eines dritten, Delegation, Expromission, das formlose, einfache Versprechen diejenige Kraft hat, die nach römischem Recht auch hier nur die Stipulation hatte. Wie ist es aber innerlich zu begründen, dass der formlose Vertrag hier zur Novation ausreichend sein soll, und dort nicht, wie es u. a. Brinz (S. 384) annimmt? Ebenso lässt man auch in anderen Fällen, wo nach römischem Recht eine Stipulation notwendig war, einen formlosen Vertrag zu: wie bei der fidejussio, dem Versprechen einer Konventionalstrafe etc.

Wir nehmen also an, dass heute der Parteiwille als solcher, der reine Wille, unabhängig von jeder Form, eine

[1]) l. c., S. 256 f.

von der materiellen causa in gewissem Grad unabhängige Obligation erzeugen kann. Freilich kann dem abstrakten Schuldversprechen Wirksamkeit nur beigelegt werden, wenn der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, zweifellos ist. Die Absicht der Ablösung des Versprechens von seiner causa kann sich zeigen entweder in Wahl einer bestimmten Form (Verpflichtungsurkunde!), oder in der Stellung zum Rechtsgrund (Anerkennung! s. u.) [Bähr]. Diese Punkte scheinen mir klar, schwieriger ist das Verhältnis da, wo auf den Rechtsgrund nicht Bezug genommen wird: ist hier doch die Möglichkeit anzuerkennen, dass die Absicht auf Abstrahierung geht?[1]). Die Möglichkeit m. E. allerdings; aber es würden sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Interpretation ergeben, es würde häufig zum Prozesse über die Intention der Parteien kommen. Es ist deshalb jedenfalls, vor allem für letztere Fälle, de lege ferenda Schriftlichkeit zu verlangen, und die demensprechende Bestimmung des ‚Entwurfes‘ (§ 683) verdient Beifall.

Weil der Wille zur abstrakten Verpflichtung vorhanden sein muss, so dürfte auch Schlesingers Argument gegen das abstrakte einfache Versprechen nicht ins Gewicht fallen: ‚dass der Kläger in unzähligen Fällen, wo er eine exceptio non adimpleti contractus zu erwarten habe, dennoch eine Klage aus dem Kaufvertrage anstelle, während doch die Klagen aus dem einfachen Versprechen — unter der Annahme einer abstrakten Kraft des formlosen Versprechens — den Kläger in die angenehme Lage versetzen würde, jede Verpflichtung zu einer Gegenleistung ableugnen und den gegnerischen Beweis abwarten zu können‘. Nur dasjenige formlose Versprechen bewirkt eben eine abstrakte Verpflichtung, bei welchem die Parteien die Isolierung desselben von seinem Rechtsgrund erweislich wollten.

Wenn man schliesslich geltend macht (Keller u. a.), dass bei Zulassung einer Novation durch formlosen Vertrag diesem ganzen Begriff jedes Interesse fehle neben denen des be-

---

[1]) Vgl. Bähr, Jahrb., Bd. II, S. 300 f.; Schlesinger, l. c., S. 107.

gründenden und des aufhebenden Vertrags, so ist dabei das Charakteristikum der Novation verkannt, welches ihr — in der Theorie jedenfalls — immer ein Interesse erhält: die eadem causa, welche sich praktisch zeigt in der Möglichkeit der Anfechtung der neuen Obligation wegen Mängel der früheren.

Wir kommen sonach zu dem Resultat, dass wir die *theoretische Möglichkeit* der Novation für das heutige Recht entschieden *in Anspruch nehmen.*

Wie steht es aber mit ihrer praktischen Anwendbarkeit? C. Praktische Bedeutung der Novation.

Zunächst ist leicht ersichtlich, dass die Novation in verschiedenen Funktionen, in denen sie im römischen Recht eine Rolle spielte, jetzt nicht mehr vorkommt: ein Unterschied zwischen einem Untergang ipso iure und ope exceptionis, der für das römische Recht eine so grosse Bedeutung hatte, ist für uns unverständlich, indem derselbe lediglich auf dem Dualismus des Civilrechts und des prätorischen Rechts beruhte (so Eisele, Lenel, Schultze entgegen der herrschenden Ansicht); damit fällt ihre Stellung als ipso iure wirkender Tilgungsakt; acceptilatio, pactum de non petendo, contrarius dissensus sind zusammengeflossen in dem generellen Begriff des formlosen Erlassvertrages; damit ist auch der ganze kunstvolle Umweg mittelst der stipulatio Aquiliana durch die Novation zur Acceptilation sinnlos geworden. Ferner dient sie nicht mehr dazu, um eine bonae fidei obligatio in eine stricti iuris obligatio zu verwandeln, denn alle vom Recht überhaupt anerkannten civilen Obligationen sind gleicher Natur, erzeugen die gleiche Klage und erlöschen auf die gleiche Weise. 1. Ausgeschiedene Funktionen.

Die besondere Bedeutung für die Bürgschaft ist ja schon im justinianischen Recht geschwunden; als Vermittelung zur Ermöglichung einer Stellvertretung braucht sie auch nicht mehr zu dienen, da wir dem Prinzip der direkten freien Stellvertretung huldigen.

Es ist also jedenfalls klar, dass die Novation nicht mehr die vielseitige Bedeutung wie im römischen Recht haben kann. 2. Praktische Bedeutung in den anderen Funktionen.

Hinsichtlich ihrer anderen Funktionen müssen wir im einzelnen untersuchen, ob und wieweit sie noch anwendbar

oder durch andere Institute verdrängt ist. Wir unterscheiden dabei folgende Hauptgruppen:

I. Fall der titulierten Stipulation: der Inhalt der neuen Obligation wird bezeichnet durch den Inhalt der früheren, wird bestimmt durch Verweisung auf den Inhalt der alten.

1. Der Inhalt der neuen Obligation ist genau derjenige der alten.

a) Wechsel in den Subjekten.

b) Ohne Wechsel in den Subjekten.

2. Der Inhalt der neuen weicht ab von demjenigen der alten.

II. Eine bestehende Obligation wird durch eine neue abstrakt lautende ersetzt.

In der Darstellung wird es indess nicht möglich sein, diese Gruppen streng zu trennen, weil die modernen Rechtsinstitute der Einreihung in die römischen Kategorien widerstreben; wir werden daher im Folgenden zwar in der Hauptsache die obige Einteilung zu Grunde legen, im Einzelnen aber mehrfach genötigt sein, dem äusseren Zusammenhang folgend, die Schranke der systematischen Einteilung zu überspringen.

a) Titulierte Novation. Wechsel des Gläubigers.

Wir haben schon früher darauf hingewiesen, dass das alte römische Recht die direkte Übertragung einer Forderung nicht kannte und dass man sich deshalb auf dem Umweg der Novation zu helfen suchte.

Salpius[1]) sieht in dieser Novation mit Wechsel des Gläubigers eine „Succession“, indem er zu einer Succession ausser der Abhängigkeit lediglich die Gleichheit des Inhalts verlangt. Diese Auffassung der Succession steht mit der herrschenden Auffassung in Widerspruch; und wenn man nun auch anerkennen mag, dass man ja an sich auch diesen Begriff mit einer „Succession“ verbinden könnte, zumal die herrschende Definition, welche auf „Identität des Rechts“ geht — man dürfte wenigstens nicht hinzuzufügen versäumen

[1]) Salpius, § 55 u. 56. Ähnlich wie Salpius auch Danz, „Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung etc.“ a. a. O.

‚mit Abstraktion von den Subjekten‘ — streng genommen nicht korrekt ist, denn das Recht des A ist nie identisch mit dem Recht des B, so ist dieser herrschende Successionsbegriff eben doch ein fester Begriff geworden, dessen Aufgabe zu Unzuträglichkeiten führen würde. Salpius' Vergleich mit der Übertragung des Eigentums ist aber wohl unrichtig: mag der Erwerbsgrund auch hier ein anderer sein, worauf sich Salpius stützt, so ist doch der Entstehungsgrund hier derselbe, während bei der Novation ein neues Recht auf Grund eines neuen selbständigen (formellen) Entstehungsgrundes in's Leben tritt, und dieser Unterschied tritt praktisch hervor in der probatio diabolica: der Erwerber des Eigentums thut nicht genug, wenn er sich auf die Tradition beruft, auf seinen Erwerbsgrund, sondern er muss den Entstehungsgrund des Rechts beweisen, aus welchem seines auctor und dessen auctor Recht entflossen ist.

Dass in den Quellen sich für die Novation mit Gläubigerwechsel der Ausdruck succedere findet, hat keinen Belang, denn dieser Ausdruck wird sehr oft in einem unjuristischen Sinne gebraucht: ‚an die Stelle jemandes treten‘, und in den bezügl. Stellen speziell erklärt er sich wohl aus der Gleichheit des Inhalts. Was Gide, der hier wie überall Salpius sekundiert, ausführt, dürfte die Auffassung nicht haltbarer machen: das Recht des Delegatars habe ‚nur‘ eine neue Form, einen neuen Namen, eine neue Klage; aber auch bei der fidejussio beständen zwei Klagen und doch sei entschieden, dass sie ‚eadem obligatio‘ sei. Aber es ist doch wohl ein Unterschied, ob eine Obligation gleichzeitig durch verschiedene Rechtsmittel geschützt ist, oder ob jetzt durch ein anderes als früher, das frühere ersetzt ist durch das jetzige.

Bei dem Umweg über die Novation ist man aber nicht stehen geblieben, denn seine Misslichkeit liegt, wegen der Notwendigkeit der Mitwirkung des Schuldners, auf der Hand; man hat dann einen anderen Weg gefunden durch die prozessualische Stellvertretung: man machte denjenigen, welchem man die Forderung im Resultat zuwenden wollte, zum Procurator, mit der Ermächtigung, das Einkassierte zu behalten

(procurator in rem suam); dieses Verhältnis unterlag denselben Grundsätzen hinsichtlich Widerrufs etc. wie ein gewöhnliches Mandat; allmählich wurde aber die Stellung des Cessionars eine festere, indem ihm (etwa seit dem zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit) utiles actiones gewährt wurden. Wie verhielt sich dieses Institut zur Novation?

Da man hier dasselbe Resultat erreichen konnte ohne den Schuldner, so dürfen wir annehmen, dass dieses Institut das andere praktisch in den Hintergrund drängte. Aber verwerfen müssen wir Salpius' Ansicht, dass die Novation mit Wechsel des Gläubigers im justinianischen Recht theoretisch unmöglich sei, dass sie im justinianischen (und im gemeinen) Recht ein „theoretisches Gespenst" sei, dass sie vollständig absorbiert sei. Abgesehen davon, dass verschiedene Quellenstellen direkt gegen ihn sprechen — darunter auch solche von späteren Juristen (so die l. 37. § 4 von Paulus, vgl. ferner l. 27. l. 31. § 1. D. h. t.) — und dass diese Stellen doch in das corpus iuris aufgenommen sind, ist die eigene Deduktion von Salpius so wenig einleuchtend, dass sie einer Widerlegung kaum bedarf. Weil nämlich nach justinianischem Recht eine Stipulation unter denselben Parteien sowohl novatorisch wie accessorisch wirken könne, dagegen bei einem Wechsel des Gläubigers nur novatorisch — was überdies unrichtig ist, denn es gibt auch eine aktive solidarische Berechtigung (Iher. Ib. 24 n. 3) — deshalb also soll eine *Novations*stipulation mit Gläubigerwechsel auch nicht vorkommen können. Salpius[1]) konnte aber zu dieser irrtümlichen Vorstellung, welche den Unterschied zwischen Novation und Cession ganz verkennt, nur kommen durch die oben besprochene Begriffsbestimmung der Succession; wenn er in der Novation auch eine Succession sieht, so verschwimmt eben der Unterschied zur Cession; und doch kann der Unterschied nicht geleugnet werden: hier erhält eine Forderung, als eben diese Forderung, einen anderen Träger; bei der Novation dagegen entsteht eine neue Forderung. Und diesem begrifflichen Unter-

[1]) Salpius, § 66 S. 426—32.

schied steht ein sehr praktischer zur Seite: bei der Cession erhalten sich Pfandrecht, Bürgschaft, Konkursprivilegien, welche bei der Novation untergehen. Auch darf schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, dass zwar nicht bei der titulierten, aber doch bei der reinen Delegation der Delegat dem Delegatar keine Einreden aus dem Schuldverhältnis gegen den Deleganten entgegensetzen kann, was sich bekanntlich bei der Cession anders verhält.

Aber selbst den praktischen Gebrauch dürfen wir uns nicht allzu selten vorstellen, denn der Erleichterung wegen Nichtzuziehung des Schuldners stand gegenüber eine mindergesicherte Stellung: nach c. 3. C. 8, 42, nach dem, wie wir annehmen müssen (s. o.) gerade von den Kompilatoren beigefügten Zusatz, konnte der Cedent immer noch klagen, bis der andere entweder Klage erhoben, oder Zahlung empfangen, oder wenigstens denunziert hatte; war der Cedent doch nach Civilrecht der alleinige Gläubiger, das civile Forderungsrecht blieb bei ihm.

Wegen dieses Umstandes, welcher sich doch nur historisch erklärt, behauptet man in neuerer Zeit noch, die Cession sei lediglich Übertragung der Ausübung (Vangerow). Aber wir haben nichts dem Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Recht Entsprechendes und deshalb ist für uns diese ganze Vorstellung unmöglich. Im modernen Recht ist die Cession eine wirkliche Singularsuccession in die Forderung: der Cedent tritt aus dem Forderungsverhältnis aus, der Cessionar in seine Stelle ein; mit dem Moment des Cessionsgeschäftes, speziell dem Abschluss des Cessionsvertrages, ist der Cessionar, und dieser allein, der wirkliche Gläubiger. Durch diese Entwickelung der Cession ist die Novation sehr wesentlich in ihrem Wirkungskreise eingeengt worden.

Und selbst dann, wenn die Parteien aus irgend welchem Grunde den Schuldner zuziehen, braucht nach heutigem Recht doch keine Novation stattzufinden, sondern leistet in der Regel der Schuldner dem neuen Gläubiger lediglich ein Erfüllungsversprechen (s. u.).

Wohl können die Parteien auch die Absicht haben, die alte Forderung mit allen ihren Accessionen zu beseitigen; da

wir heute aber keine abgegrenzte Zahl typischer Kontraktsfiguren haben, sondern die Parteien Verträge jeglicher Art, mit der einzigen Beschränkung der Erlaubtheit des Inhalts, mit rechtlicher Wirksamkeit abschliessen können, so steht auch der Verwirklichung dieser Absicht auf vertragsmässigem Wege nichts entgegen.

Wechsel des Schuldners.

Wir kommen zum *Wechsel des Schuldners*. Hier bestand dieselbe Unmöglichkeit der Trennung der Schuld von den ursprünglichen Subjekten; derselbe Versuch, das Resultat auf dem Umweg der Novation zu erreichen. Auch hier nimmt Salpius eine ‚Succession' an, auch hier stehen dieselben Bedenken dieser Auffassung entgegen. Ein Unterschied zum aktiven Fall liegt aber darin, dass während jener sich nur vollziehen kann auf Grund des Willens des bisherigen Gläubigers, der Eintritt eines Schuldners nicht nur möglich ist auf Grund einer Delegetion des bisherigen, sondern auch ohne eine solche, gleichwie auch die Zahlung für einen Schuldner ohne und gegen dessen Willen jeder andere vornehmen kann.

Während man aber im aktiven Fall späterhin die Möglichkeit des praktischen Erfolges durch utiles actiones anerkannte, hat der passive Fall eine solche Weiterbildung nicht erfahren, sondern die Römer sind streng stehen geblieben beim Ausschluss einer vertragsmässigen Succession in die Schuldnerrolle; nur bei der Universalsuccession im Erbrecht haben sie eine Succession in die Schuld angenommen.

Das heutige Recht erkennt dagegen den auf Uebergang einer bestehenden Obligation auf einen anderen Schuldner gerichteten Willen an, so gut wie einen anderen, und es kann deshalb jetzt durch Vertrag jemand in die Schuldnerrolle eines anderen eintreten, unbeschadet der Identität der Obligation. Dies ist freilich noch nicht allgemein anerkannt; so hält Bähr[1] die Sondernachfolge in die Schuld für „einen juristisch unmöglichen Gedanken“. Aber Bähr — gerade bei ihm auffallend — dürfte hier in der romanistischen Vorstellung befangen sein. Wenn man die Sondernachfolge auf der aktiven Seite an-

[1]) Bähr, Dogm. Jahrb., Bd. XXX, S. 367 f.

erkennt, die Person des Gläubigers wechseln lässt, weshalb sollte dann die Person des Schuldners so wesentlich sein, dass die Obligation mit seinem Ausscheiden notwendig untergehen müsste? Und da eine Succession in die Schuld auf dem Wege der Universalnachfolge möglich ist, weshalb sollte sie auf dem Wege der Sondernachfolge „juristisch unmöglich" sein? Ein Unterschied zwischen dem aktiven und dem passiven Fall ist nur darin zu sehen, dass dem Schuldner zwar regelmässig die Person des Gläubigers, nie aber dem Gläubiger die Person des Schuldners gleichgültig ist; diesem Unterschied wird man aber hinreichend gerecht, wenn man die Übertragung der Schuld sich nur vollziehen lässt mit Zustimmung des Gläubigers.

Salpius' Ansicht, welche dahin geht, dass die Novation mit Wechsel des Schuldners allen Bedürfnissen vollständig genüge, kann uns ebensowenig zutreffend erscheinen, als die Behauptung, dass die Novation mit Wechsel des Gläubigers heute unmöglich sei. Allerdings haben die Römer eine Übertragung des Pfandrechts der alten Obligation auf die durch die Novation erzeugte neue zugelassen[1]) und so das Institut dem praktischen Bedürfnis mehr angepasst. Aber immer bedarf es doch eines besonderen Vertrags hierzu, und die anderen Accessionen, so Konkursprivilegien, gehen mit Notwendigkeit unter.

Es kann nun freilich auch hier die Absicht der Parteien auf die Novationswirkungen gehen, aber regelmässig ist dies jedenfalls nicht der Fall, sondern die Absicht geht auf eine Succession in die alte Schuld. Auch liegt eine solche Succession nicht etwa blos dann vor, wenn der Übernehmer erklärt, die Schuld eines anderen zu ‚übernehmen' (oder ähnlich), sondern wenn heute jemand dem Gläubiger verspricht, die ‚Darlehnsschuld' eines anderen an dessen Stelle zu bezahlen, oder verspricht, ‚was der andere aus dem Darlehn schuldet' etc. (also Fälle einer titulierten Deligation: centum quae Titi*us* ex mutuo debet, dare spondes?, wo nach römischem Recht

[1]) Windscheid, I, § 233b, Z. 1.

Novation eintrat, s. o.), so ist hier überall keine Novation anzunehmen, die Absicht geht regelmässig nicht auf Begründung einer neuen Schuld, sondern auf Übernahme der Darlehnsschuld mit allen ihren Accessionen, der Übernehmende will selbst *Darlehns*schuldner werden. Wie wenig die Novation mit Schuldnerwechsel dem Bedürfnis genügt, zeigt auch der code civil: nach demselben ist Novation zum Eintritt eines neuen Schuldners notwendig, der Gesetzgeber hat sich aber genötigt gesehen zu der Bestimmung, dass der Gläubiger trotz der Novation sich die Rechte aus der alten Forderung vorbehalten kann: doch offenbar in dem Gefühl, dass den Bedürfnissen mit der Novation, der Neubegründung eines Schuldverhältnisses, allein nicht genügt sei.

Aber andererseits ist die Novation mit Wechsel des Schuldners nicht nur möglich, wenn eben die Absicht besonders hierauf gerichtet ist, sondern in gewissen Fällen bedarf man ihrer auch m. E., weil nicht überall beim Wechsel des Schuldners eine Succession angenommen werden kann.

Wenn heute eine Anweisung acceptiert wird[1]), so haftet der Acceptant selbständig aus dem Accept, und diese selbständige Verpflichtung tritt regelmässig accessorisch neben die Schuld des Anweisenden, so dass letztere nicht schon durch das Accept (über das römische Recht, s. o.), sondern erst durch wirkliche Zahlung des Acceptanten getilgt wird; wenn nun aber über die Schuld eines dritten mit der Absicht und der Wirkung, ihn zu befreien, ein solches Accept erteilt wird, so haftet der Acceptant doch aus dieser selbständigen Verpflichtung, nicht aus der alten Schuld, dem neuen selbständigen Verpflichtungsgrund gegenüber entfällt der Successionsbegriff. Ähnlich in dem von Unger citierten Fall: ein Freund verspricht den Gläubigern eines vom Konkurs bedrohten Schuldners eine bestimmte Summe für ihre Forderungen, um den Schuldner zu befreien: auch hier ist die Annahme einer Succession (aus dem gleichen Grunde) unmöglich, wenngleich man auch in

[1]) Ich denke hier an Fälle des reinen Versprechens; titulierte Delegation ist heute sehr selten.

solchen Fällen (was man besser vermeiden würde) von ‚Schuldübernahme' zu reden pflegt[1]).

Die Möglichkeit eines Wechsels sowohl in der Person des Schuldners wie in derjenigen des Gläubigers ergibt sich bei der Skontration. Ich weise diesem Fall hier seinen Platz an, im Anschluss an den Wechsel des Gläubigers oder des Schuldners, obwohl die Skontration regelmässig in abstrakter Form vorkommen wird, unter Hinweis auf das oben Gesagte. Die Skontration charakterisiert sich als eine vertragsmässige Ausgleichung unter mehr als zwei Geschäftsfreunden, welche durch gegenseitige Berechnung die Effektivleistungen ersetzen oder doch reduzieren; hinsichtlich des Überschusses, welcher sich nicht kompensiert durch die sich als Gläubiger und Schuldner gegenüber stehenden Personen, werden (für den Gläubiger wie für den Schuldner) andere Personen per delegationem substituiert. In dieser Skontration glauben wir einen praktischen Fall der Novation finden zu dürfen, und für diese Annahme hat sich denn auch die Praxis[2]) entschieden: die in das Skontrationsverfahren hineingezogenen Schuldverhältnisse werden beseitigt, und die neuen Schuldner- und Gläubigerverhältnisse haben ihren Rechtsgrund in der Skontration; der Gläubiger erhält ein neues Forderungsrecht, ein Erfüllungssurrogat. Letzteres weist uns aber wieder hin auf die datio in solutum. Skontration.

Wenn *ohne Änderung in den Subjekten* der bisherige Schuldner seinem Gläubiger verspricht, was er ihm bereits schuldet, so hatte nach römischem Recht ein solches Versprechen, in Stipulationsform gekleidet, seinen guten Sinn — ausser wenn eine andere Stipulation vorherging — wegen der besonderen charakteristischen Eigenschaften der Stipulationsschuld. Heute sind diese Unterschiede verschwunden. Überhaupt hat die Form als solche nicht mehr die gleiche Bedeutung. Wenn die Parteien, welche einen mündlichen Vertrag geschlossen haben, jetzt vorziehen, denselben in Schriftform zu kleiden, so geht damit nicht die alte Obligation unter und Ohne Wechsel in den Subjekten.

[1]) Vgl. zum Ob. Unger, „Schuldübernahme", 1889; Seuffert, „Beiträge z. Erl. d. Entw. eines bürgerlichen Gesetzbuches", Heft 11, § 12.
[2]) Entsch. des R. O. Hg., Bd. XX, S. 25 ff.

entsteht eine neue, sondern es handelt sich lediglich um eine äusserliche Umwandlung einer und derselben Obligation; der ursprüngliche (materielle) Vertrag wird reproduziert, tritt in einer zweiten Form ins Leben.

Constitutum debiti proprii.

Nun kommt es aber auch heute unzählige Mal vor, dass jemand dasjenige, was er bereits schuldet, verspricht. Welche Bedeutung hat ein solches Versprechen? Auch im römischen Recht fanden sich dergleichen Versprechen ohne Stipulationsform: das *constitutum debiti proprii*[1]). Dieses charakterisiert sich als ein Versprechen, eine bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen. Vom Prätor mit Klage ausgestattet, erzeugte dasselbe eine neue Verbindlichkeit, welche neben die konservierte alte Schuld trat, aber die Erfüllung und sonstige Erfüllungsgründe, welche auf den Willen des Gläubigers zurückgehen, brachten beide zum Erlöschen. Den Versuch, das constitutum als „prätorische Novation" zu konstruieren (insb. Kuntze), erachte ich für verfehlt. Dass beim constitutum die alte Schuld bestehen bleibt, ist vielfach bestimmt ausgesprochen (l. 18. § 3 — l. 28. D. 13, 5 — l. 15, D. 15, 3 — l. 36. D. 12, 2), erst und nur durch die Erfüllung geht dieselbe unter. Und wenn man Bruns (l. c.) auch zugeben mag, dass bei einer Änderung der ursprünglichen Schuld, falls wirklich die Absicht auf Aufhebung der alten Schuld gerichtet ist (vgl. aber unten!), man von einem constitutum, verbunden mit einem pactum de non petendo reden kann, so hat dann doch nicht das constitutum, sondern dieses pactum die Wirkung, dass die ursprüngliche nicht mehr geltend gemacht werden kann! Die Hauptschuld bildete hier nicht wie bei der Novation die causa, sondern die Bedingung, deren Existenz der klagende Gläubiger nachweisen musste, ein Beweis, bei dem ihm freilich das constitutum wohl als Beweismittel dienlich sein konnte, aber auch das nicht immer (z. B.: ich verspreche dir hundert, wenn ich sie dir schuldig bin). Die alte Schuld brauchte aber nur zu bestehen zur Zeit des constitutum, ging sie später unter, so blieb die Schuld aus dem constitutum. Auf mehr wie die alte Schuld konnte

---

[1]) Bruns, „Kleinere Schriften", I, S. 221—312.

die neue nicht gehen, das Plus war ungültig. Mit dem constitutum war stets ein Zahlungstermin verbunden (Theophilus).

Liegt nun dieses constitutum in unserem Falle vor, rückt es hier in die Stellung der Novation ein?

Mir scheint die praktische Geltung desselben sehr eingeschränkt zu sein. Seine Bedeutung im römischen Recht lag darin, dass dieses pactum, dieses formlose, nackte pactum, im Gegensatz zu allen seinen Brüdern, welchen die Klage versagt war, dass ihm, weil es in Beziehung stand zu einer bestehenden Schuld, der Prätor die Klage verliehen hatte. Was hat dies aber heute für Bedeutung, wo alle pacta klagbar sind? Damit entfällt natürlich auch die Ungültigkeit des die frühere Schuld übersteigenden Betrages, nur ist das Versprechen hinsichtlich dieses Mehrbetrages kein Erfüllungsversprechen mehr, sondern Begründung einer neuen Obligation.

Freilich wird man auch heute den Rechtsbegriff des ‚Erfüllungsversprechens' aufrecht erhalten; aber fraglich erscheint, mit welchem Recht man auf dasselbe den römischen Namen und die römische Lehre anwendet[1]). Dürfte doch das moderne Erfüllungsversprechen nicht sowohl auf Zahlung der Schuld gehen, wie sie zur Zeit des Versprechens besteht, unberührt durch späteren Untergang derselben, nicht sowohl ein eigentliches, unbedingtes Zahlungsversprechen sein, als es vielmehr ein Versprechen der Erfüllung der Schuld, wenn und wie sie am künftigen Zahlungstag sich darstellt, sein dürfte (vgl. Dernburg). Natürlich kann der Parteiwille ja auch ersteres bezwecken und erreichen, aber der regelmässige Fall ist es wohl nicht. Ferner versteht sich ein Zahlungsaufschub bei dem Erfüllungsversprechen nie von selbst.

Wie dem auch sei, ob wir ein modifiziertes constitutum oder ein demselben verwandtes neues Institut annehmen — man könnte beides nach Ungers Vorgang unterscheiden als ‚Zahlungsversprechen' und ‚Schuldversprechen' — jedenfalls scheinen das moderne und das römische Institut den wesentlichen Punkt ge-

---

[1]) Das constitutum debiti proprii wird für unpraktisch erklärt von Dernburg, II, S. 186, und Brinz, I, S. 431.

meinsam zu haben, dass sie bedingt sind durch die Hauptschuld, dass also die Existenz derselben zum Klagegrund gehört. Zweifellos kommt unser ‚Erfüllungsversprechen‘ nun auch in dieser Funktion vor, wenn ich z. B. verspreche, ‚falls‘ ich schulde; auch in dem Beispiele Bährs: beruhigen Sie sich noch einige Zeit, ich werde die rückständigen hundert Mark noch in diesem Jahre abtragen[1]). In solchen Fällen reinen Erfüllungsversprechens ist von einer Novation, von einer Aufhebung der alten Obligation durch Begründung einer neuen, nicht die Rede. Hinter einem derartigen Versprechen wird Niemand mehr vermuten, als eine Bestärkung der alten Schuld, welche abhängt von Existenz und Beweis der Existenz dieser Schuld.

Anerkennungsvertrag.

Aber regelmässig wird im Erfüllungsversprechen *ein Anerkennungsvertrag* liegen.

Während die einen nicht von den Konstitutsgrundsätzen loskommen, halten andere vermeintlich zwar am constitutum fest, verleugnen aber dessen Wesen. Nach ersterer Ansicht soll die verpflichtende Kraft des Erfüllungsversprechens unbedingt abhängig sein von der ursprünglichen Verpflichtung; diese Theorie wird besonders vertreten von Bruns.

Bruns[2]) glaubt, dass das constitutum allen Bedürfnissen entspreche, indem er dasselbe freilich handlicher macht durch die Behauptung, eine ganz allgemeine Bezugnahme auf die alte Schuld solle ausreichend sein[3]). Aber genügt ein solcher zum ‚Beweis‘ der alten Schuld, an welchem wir für das constitutum absolut festhalten müssen, wie denn auch Bruns anerkennt, dass „das Dasein einer Hauptschuld wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit des constitutum ist“?

Zur zweiten Kategorie von Schriftstellern gehören u. a. Cropp: das ‚constitutum‘ enthalte ein Anerkenntnis der Schuld, und deshalb habe der Schuldner bei Ungültigkeit der Schuld

---

[1]) Vgl. auch Seufferts Arch. XV, S. 184: „ich bin Ihnen ja immer noch 25 Mk. für den Rappen schuldig“.

[2]) Bruns, l. c., S. 261 a. a. O.

[3]) Ähnlich auch schon Schlesinger, l. c., S. 136, 142 f. — Vgl. ferner Unger, Dogm. Jahrb., VIII, S. 211 ff.

eine Einrede gegen die actio de pecunia constituta; ferner Wetzell (§ 22): auch er nennt das in der Anerkennung einer Schuld liegende Zahlungsversprechen ein ‚constitutum‘, fügt aber hinzu „oder wie man heut zu Tage sagen muss, ein selbständiges Zahlungsversprechen, dessen Klagbarkeit nicht wie die des Konstituts durch die Existenz der sicher zu stellenden Verpflichtung, sondern lediglich durch die Absicht ihrer Sicherstellung bedingt ist“. Das ist aber eben kein Konstitutum mehr!

Im Gegensatz zu allen diesen geben insbesondere Bähr und Unger dem Schuldbekenntnis die Bedeutung einer Neubegründung einer Schuld, zu welcher die alte Schuld nicht mehr im Verhältnis der Bedingung, sondern lediglich in demjenigen der causa stehe. Wir kommen hiermit zu der vielbestrittenen Frage der ‚Anerkennung‘, auf welche wir hier eingehen müssen wegen der sich alsbald erhebenden Frage: welche Bedeutung hat die ‚Anerkennung‘, je nachdem man sie auffasst, für unsere Frage der praktischen Anwendbarkeit der Novation?

Während die lange Zeit unbestrittene und jetzt wohl immer noch herrschende Ansicht in der Anerkennung lediglich ein Beweismittel sieht, hat man in neuerer Zeit, nach der epochemachenden Schrift Bährs: ‚die Anerkennung als Verpflichtungsgrund‘, derselben eine weit wirksamere Rolle vindiziert: der ‚Anerkennungsvertrag‘ soll ein konstitutiver Willensakt sein, welcher eine für sich stehende Verpflichtung erzeugt, einen selbständigen Klagegrund abgibt, den Gläubiger davon entbindet, auf das alte Schuldverhältnis zurückzugehen; der Schuldner, soweit er nach den Grundsätzen der condictio indebito anfechten kann, soll den Beweis führen müssen. Man hat diese Grundsätze dann schon im römischen Recht anerkannt finden wollen, bei welchem Versuche man aber einen schwer zu überwindenden Widerstand bei den l. 25 und c. 13 cit. fand.

Die ganze Theorie Bährs beruht auf der Grundlage, dass derjenige, welcher eine Schuld anerkennt, sich damit verpflichtet, sie zu tilgen; wer sagt oder schreibt: ‚Ich bekenne hundert Mark schuldig zu sein‘, der, so behauptet Bähr, will

diese hundert Mark schuldig sein, er verpflichtet sich, sie zu zahlen; eine Schuld wollen, heisse die Schuld versprechen. Gegen diese Auffassung hat man andererseits Bedenken gehabt und darin einen genügenden Grund zu finden geglaubt, in der altbehaupteten Position zu verharren.

In der That halten wir Bährs Grundsatz für irrtümlich[1]). Einmal liegt in der Anerkennung logisch nicht das ‚zahlen wollen': ich kann sehr wohl bekennen: ich bin so und so viel schuldig, ohne mich damit irgendwie verpflichten zu wollen, ja ich kann geradezu dem Schuldbekenntnis hinzufügen: ich habe aber keine Lust, zu zahlen. Sodann liegt in der Anerkennung auch nicht notwendig der Begründungswille, von einem solchen kann man vielmehr nur dann reden, wenn die Anerkennung im Bewusstsein der Nichtexistenz der anerkannten Verbindlichkeit, oder im Zweifel über deren Existenz erfolgt.

Was heisst ‚anerkennen'? Mir scheint vollständig zutreffend Windscheids Definition: erklären, dass etwas wahr sei, was dem Erklärenden nachteilig ist (§ 412 a). Eine solche Anerkennung kann erfolgen einmal lediglich in der Absicht, den Adressaten von der Existenz einer Forderung in Kenntnis zu setzen, dann erscheint sie als ein Zeugnis gegen sich selbst, und hat höchstens die Bedeutung eines unterstützenden Beweismittels; in diesem Sinn kann sie auch einem dritten gegenüber abgegeben werden (man vergl. Bährs Beispiel S. 284; ein anderes gibt Bruns: wer auf die Frage, ob er leugnen könne, etwas schuldig zu sein, einfach mit „nein" antwortet, erkennt seine Schuld an, aber ein besonderes Versprechen liegt darin nicht). Dieser Fall beschäftigt uns hier nicht. Oder aber eine solche Anerkennung geschieht in der Absicht, dem Adressaten ein Mittel in die Hand zu geben, welches er gegen den Anerkennenden gebrauchen kann, einen Schuldschein, eine Quittung; ferner gehört hierher die ‚Abrechnung'; dies ist der Fall des ‚Anerkennungsvertrages': derselbe setzt also voraus, dass die Anerkennung abgegeben wird in der

[1]) Vgl. zum Folgenden: Lenel, dogm. Jahrb., XIX, S. 154 ff.

Absicht und angenommen wird in der Absicht, sie gegen den Anerkennenden gebrauchen zu können. Hier wollen nun diejenigen, welche Bährs Grundsatz verwerfen, aber doch an der Möglichkeit einer konstitutiven Willenserklärung festhalten, (so Windscheid), unterscheiden: nicht immer habe der Anerkennende die Verpflichtung übernehmen wollen, sondern oft habe er auch hier nur ein Zeugnis, ein Beweismittel geben wollen. Es sei deshalb in jedem einzelnen Fall eine Interpretationsfrage, wie die Anerkennung gemeint sei. Man versucht dann gewisse Auslegungsregeln zu formulieren; so sagt Wetzell (§ 22): wenn der Gegenstand der Anerkennung eine Thatsache sei, so habe sie nur Beweiswirkung; sei ihr Gegenstand ein Rechtsverhältnis, so habe sie „der Regel nach" den Charakter einer Disposition. Windscheid modifiziert Wetzells Auffassung dahin: in letzterem Falle habe sie stets dispositive Kraft — weil auf Rechtsverhältnisse der Beweis keine Anwendung finde; es hängt dies mit seiner allgemeinen Theorie zusammen (s. u.) — im ersten Falle aber könne das eine wie das andere vorliegen. Es ist ersichtlich, dass auf diese Weise das ganze Verhältnis ein sehr unsicheres und die Entscheidung eine schwankende ist, irgend ein festes und damit für die Praxis brauchbares Resultat lässt sich auf diesem Wege nicht gewinnen. Praktisch kaum brauchbar dürfte ferner die, besonders von Wach[1]) vertretene Theorie sein, welche der Anerkennung verschiedene Bedeutung beimessen will, je nachdem sie in der Überzeugung der Wahrheit des Anerkannten abgegeben sei: dann blosses Zeugnis gegen sich selbst; oder ohne diese Überzeugung: dann dispositiver Akt. Dann würde die Entscheidung praktisch also davon abhängen, dass Kläger seine „Überzeugung" beweist!

M. E. ist die oberste Voraussetzung, von welcher alle diese divergierenden Ansichten ausgehen, eine irrtümliche[2]). Auch nach unserer Ansicht ist Bährs Grundgedanke nicht zutreffend; wer anerkennt, will sich damit durchaus nicht

---

[1]) Wach im Archiv für civil. Praxis, XLVII, S. 173 f.

[2]) Vgl. Lenel, l. c.

notwendig verpflichten; aber daraus folgt noch nicht die Konsequenz, welche die herrschende Ansicht daraus zieht: „Folglich kann die Anerkennung nur ein Beweismittel sein"; und auch nicht die Konsequenz, welche andere daraus ziehen: „Folglich liegt in der Anerkennung nicht immer ein dispositives Element, sondern man muss im einzelnen Fall untersuchen."

Die beinahe allgemein übliche Definition des Rechtsgeschäftes läuft darauf hinaus: eine „auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges" gerichtete Willenserklärung; da hier nun der Wille nicht immer auf den Rechtserfolg der Begründung gerichtet sei, nicht immer ein neues Rechtsfundament geschaffen werden wolle, — und dies nehmen auch wir an — so sei ein solches von der Rechtsordnung auch nicht, resp. nicht überall, anzuerkennen.

Aber liegt das Ziel der Parteiabsicht wirklich immer auf rechtlichem Gebiet? Liegt es nicht sehr häufig auf wirtschaftlichem und sozialem Gebiet? Und fernerhin, sind die Parteien nicht sehr oft der Rechtsfolgen sich gar nicht bewusst? Der beabsichtigte rechtliche Erfolg ist deshalb, wie ich meine, nicht in die Definition aufzunehmen, vielmehr ist es unwesentlich, ob die Parteien wirklich einen solchen vor Augen hatten.

Ist die Parteiabsicht wirklich auf einen Rechtserfolg gerichtet, so äussert sich die Ratifikation der Rechtsordnung eben in der Ausführung desselben; wenn sie aber auf einen Erfolg anderer Art hinzielt, so darin, dass solche Rechtsfolgen eintreten, welche jenem Zweck entsprechend sind.

Suchen wir diese Auffassung nun anzuwenden auf den Fall der Anerkennung. Was ist der Zweck der Anerkennung? Doch wohl, den Streit über das Anerkannte auszuschliessen; der Anerkennende verspricht nicht sowohl, wirklich zu leisten, als vielmehr, nicht über diesen Punkt streiten zu wollen. Es erscheint uns nun nach dem Vorigen gar nicht wesentlich, ob und wann die Parteien den hier in Frage stehenden Rechtserfolg beabsichtigen, ob und wann ihr Wille auf die Begründung des anerkannten Rechtsverhältnisses gerichtet ist, ob sie sich der rechtlichen Folgen überhaupt bewusst waren, sondern wenn die Rechtsordnung überhaupt einmal diese Willenserklärung unter ihre

Sanktion stellt, so muss sich dieselbe darin äussern, dass eben diejenigen rechtlichen Folgen eintreten, welche jenem Zweck, den Streit auszuschliessen, gemäss sind.

Damit stossen wir aber auf einen wesentlichen Unterschied zum römischen Recht. Es dünkt uns nicht zutreffend, wenn man die Anerkennung in Parallele stellt zur Stipulation. Die Stipulation war eine juristische Verpflichtungsform; wer sich ihrer bediente, der wollte sich in der That verpflichten, oder man musste von ihm wenigstens annehmen, dass er sich verpflichten wollte; bei der Stipulationsform musste sich jeder bewusst werden, dass er einen rechtlichen Erfolg herbeiführen werde. Wer auf die Frage des Gläubigers: centum, quae mihi ex vendito debes, dare spondes? antwortete spondeo, der bekannte sich nicht nur zu einer Kaufschuld von hundert, sondern er verpflichtete sich, gelobte förmlich ihre Zahlung.

Wir kommen demnach für das römische Recht auch zu einem ganz anderen Resultat als für das heutige.

Bähr stellt, da nach ihm ‚anerkennen‘ dasselbe bedeutet wie sich verpflichten wollen, die Stipulation vollständig in Parallele zu seinem ‚Anerkennungsvertrag‘ und trägt die ganzen Grundsätze desselben in das römische Recht hinein (vgl. oben die einzelnen Fälle!) — von seinem Standpunkte aus mit Recht. Von dieser Auffassung ausgehend, befindet er sich aber geradezu in der Notlage, die l. 25 cit. zu beseitigen, weil diese mit seiner Lehre unvereinbar ist, denn wenn man einen Anerkennungsvertrag annimmt, wie ist es mit dem Zweck eines solchen, den Streit über das Anerkannte ausschliessen zu wollen, vereinbar, dass der Gläubiger den Beweis führen soll?

Wir gehen dagegen davon aus (s. o.), dass in der Anerkennung nicht der Wille, sich zu verpflichten, liegt, dass deshalb die Stipulation nicht geeignet war, als Anerkennungsvertrag zu fungieren: dem in die Stipulationsform eingekleideten Willen wurde stattgegeben durch Erzeugung einer Verpflichtung, aber dies war nicht Konsequenz einer ‚Anerkennung‘, nicht Sanktion des Zweckes, Streit auszuschliessen, sondern Konsequenz der Form, eigentlich zwar des Willens,

aber indem nur der in diese Form sich hüllende Wille die Wirkung hatte, verschwand der Wille gewissermassen in seiner Hülle, trat zurück im Verhältnis zu der übergreifenden Form des Rechtsaktes. Weil man sich also des Moments der ‚Anerkennung', eines auf Ausschluss eines Streits gerichteten Willens nicht bewusst war, und nicht bewusst sein konnte bei der Stipulationsform, deshalb allein ist es wenn auch nicht zu rechtfertigen, so doch zu erklären, dass man dem Gläubiger den Beweis auferlegte, dass man zu einer Zeit, wo die Form, welche man als das eigentlich Entscheidende anzusehen gewohnt war, ihre Kraft verlor, wo man deshalb dem Willen als dem Massgebenden gerecht zu werden suchte, in einer Verpflichtung ‚spondeo, quod ex vendito debeo', nur einen bedingten, beschränkten Verpflichtungswillen sehen konnte, abhängig davon, dass der Gläubiger das ‚debitum esse' bewies. Es liegt in der Stipulation quod debeo, quod ex vendito debeo also keine Anerkennung im Sinne eines Begründungsaktes, wohl aber kann man darin eine einfache, abgeblasste ‚Anerkennung' sehen, im Gegensatz zu dem ‚Anerkennungsvertrag', den man ja wohl als technischen Begriff behandeln darf; eine Anerkennung in demselben Sinne, wie die Anerkennung ist, die in der Zahlung einer Schuld liegt, worin die Schuld vorausgesetzt, bestätigt, bezeugt wird. Man darf deshalb m. E. wohl nach römischem Recht in einer Stipulationsurkunde der bezeichneten Art ein Beweismittel sehen.

War die Stipulation aber sonach unbrauchbar für die echte Anerkennung, so kann der Anerkennungsvertrag doch andererseits nach römischem Recht auch nicht formlos mit rechtlicher Wirkung geschlossen werden, weil er nicht zu der Reihe bestimmter Typen klagbarer Verträge des römischen Rechts gehörte, welche durch den Parteiwillen nicht willkürlich vermehrt werden konnten: nudum pactum obligationem non parit, dies blieb auch für das spätere Recht das Prinzip.

Unter diesen Umständen war die Anerkennung zu der bescheidenen Rolle eines blossen Beweismittels verurteilt —

aber als Konsequenz des römischen Kontraktssystemes, nicht juristischer Logik. Deshalb stützt sich die herrschende Ansicht auch mit Unrecht auf diejenigen Quellenstellen, welche der Anerkennung nur die Rolle einer Art aussergerichtlichen Geständnisses zuerkennen, (so l. 26. D. 16, 3 — c. 5. 6. l. 4, 2. — c. 6. C. 4, 31. — G. III. 131), insbesondere den Urkunden die Natur eines Schuldgrundes bestreiten, speziell der Quittung lediglich Beweiswirkung zugestehen (l. 19. § 1. D. 46,4 — c. 6. c. 13. C. 8, 42). Als nudum pactum hatte auch das constitutum, welches seine Wirksamkeit überhaupt nur der Beziehung zu einer bestehenden Obligation als seiner wesentlichen Grundlage verdankte, nicht die Kraft, eine Anerkennung in sich zu enthalten, eine Anerkennung nämlich in dem prägnanten, accentuierten Sinne.

Die Differenz, welche wir hier zwischen heutigem und römischem Recht konstatieren zu können glauben, begründet uns aber zugleich einen anderen praktischen Unterschied: wir haben gesehen, dass nach römischem Recht zwei auf einander folgende Stipulationen gleichlautenden Inhalts ungültig sind; wenn heute zwei Geschäfte derart wie wir sie für die Novation als geeignet betrachten, also etwa zwei formlose abstrakte Verträge desselben Inhalts aufeinander folgen, ist da auch der zweite ungültig? Gewiss nicht! und weshalb nicht? Weil in einem derartigen Geschäft, wenn auch keine Novation bewirkt werden sollte, so doch immer wenigstens eine Anerkennung zu finden wäre, und dasselbe deshalb immer eine praktische Bedeutung haben dürfte. Bei dieser Gelegenheit wollen wir auch sogleich die andere Frage erledigen, ob, wie heute die Gültigkeit eines Geschäfts nicht mehr von einem novum abhängt, so auch die Novationsmöglichkeit sich emanzipiert hat von dem Erfordernis des aliquid novi? Es ist auffällig, dass, während für das justinianische Recht das aliquid novi als Erfordernis einer novierenden posterior stipulatio m. E. in unzweifelhafter Weise ausgesprochen ist, die Lehrbücher für die heutige Novation von einem derartigen Erfordernis absolut nichts wissen! Windscheid lehrt geradezu, die neue Obligation könne sich von der alten „möglicherweise auch

durch Nichts“ unterscheiden, als eben dadurch, dass es „ein neubegründetes und deshalb, obwohl dem früheren vollkommen gleiches, doch mit demselben nicht identisches Forderungsrecht sei“ (S. 367). Für das römische Recht erachten wir diese Behauptung entschieden als unzutreffend, denn die neue Obligation unterschied sich immer wenigstens durch die Stipulationsform, und diese war durchaus nicht „Nichts“; Windscheids Auslegung von § 3 J. cit. (S. 367, 6 a) ist nach unseren obigen Ausführungen nicht beizustimmen, und wenn er meint, in der stipulatio Aquiliana liege das Neue lediglich darin, dass die Obligation eine neubegründete sei, so ist doch darauf hinzuweisen, dass wir in ihr nicht nur Neubegründung haben, sondern auch Verbalobligation statt sonstiger Obligationen und Vereinigung der vielen Obligationen in eine einzige Stipulation. Aber so wenig zutreffend wir Windscheids Satz für das römische Recht ansehen, für das heutige Recht dürfte er das Richtige treffen. Ohne Änderungen wird thatsächlich eine Novation nicht allzu oft vorliegen, wenn aber die Parteiabsicht ersichtlich darauf gerichtet ist, würde sich heute ein Gericht finden, welches die Novation leugnen würde mangels eines genügenden novum? Man thut sonach recht daran, das aliquid novi nicht mehr zu fordern; nur sollte man, wie mir scheint, eine Erklärung seines Verschwindens geben. Innerlich begründet war ja das Erfordernis des aliquid novi bei einer posterior stipulatio nicht mehr mit dem Moment, wo man das ursprünglich rein formelle Erfordernis in einem materiellen Sinne zu verstehen anfing; die innerlich mangelnde materielle Rechtfertigung kam zum Vorschein in der Ausdehnung des novum auf andere Fälle, weil eben ein novum in diesem Sinne als ein Erfordernis im einen, ein Verbot im anderen Falle unverständlich war. Wir haben das novum im justinianischen Recht sodann als der Bestimmtheit und der festen Abgrenzung entbehrend kennen gelernt. Dieses der materiellen Begründung beraubte Erfordernis des aliquid novi in posteriore stipulatione mag nun mit dem Wegfall der Stipulation, der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge, der prinzipiellen Anerkennung der rechtsschöpferischen Wirkung des Partei-

willens verschwunden sein, weggeschwemmt als eine Besonderheit der stipulatio, als welche es allein noch erscheinen mochte.

Wir kommen nach dieser Abschweifung zurück zur heutigen Bedeutung des ‚Anerkennungsvertrages‘.

Dass heute gemäss dem Prinzip der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge, auch der Anerkennungsvertrag unter rechtlichem Schutze steht und mit Klagbarkeit ausgestattet ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Sanktion der Rechtsordnung zeigt sich aber, wie wir sehen, in dem Eintreten derjenigen Folgen, welche dem Zweck der Parteien entsprechen, in unserem Fall also dem Zweck, den Streit auszuschliessen. Welche Folgen entsprechen aber diesem Zweck? Sicher nicht die blosse Dienlichkeit als Beweismittel: denn dann müsste immer auf das zu Grunde liegende Verhältnis zurückgegangen werden, die Anerkennung käme erst bei der Beweisinstanz in Frage, würde aber nicht immer den Schuldgrund beweisen, und jederzeit müsste der Gegner zum Gegenbeweis zugelassen werden. Damit ist natürlich der Streit nicht ausgeschlossen. Aus demselben Grunde ist aber auch die Theorie des Beweisvertrages (Bruns) zu verwerfen: die Anerkennung sei ein Vertrag darüber, dass das Anerkannte als bewiesen gelten soll, dass über das Anerkannte kein weiterer Beweis verlangt werden soll; damit sinkt die Anerkennung wieder zum Beweismittel herab, das Schuldbekenntnis könnte nicht zur Klagebegründung dienen, und es wäre immer Gegenbeweis zulässig. Übrigens gibt es aber auch gar keinen solchen Beweisvertrag, sondern über die Beweisfrage entscheidet der Richter, welchen die Parteien durch einen solchen Beweisvertrag nicht binden können.

Vielmehr wird man obigem Zweck der Anerkennung nur gerecht, wenn man die rechtsbegründende Kraft derselben einräumt im Sinne von Bähr. Eine Schuld bekennen, und dann sagen: ich will sie nicht zahlen, ist kein logischer Widerspruch (vgl. o.), wohl aber wäre es ein solcher, wenn Jemand erst anerkennen würde: ich bin schuldig, und dann dem Gläubiger sagen würde: das musst du mir aber erst beweisen! Wir kommen also zu demselben Resultat wie Bähr,

aber nicht aus Bährs Grunde, und noch weniger mit der Begründung Windscheids: in der Anerkennung liege ein Verzicht auf die prozessualische Substanziierung des Anspruchs; denn die prozessualische Vorschrift der Substanziierung des erhobenen Anspruchs zum Zweck der Individualisierung desselben kann nicht durch einen ‚Verzicht' der Parteien beseitigt werden; der Richter muss die Angabe des Grundes des Anspruches verlangen. Wir kommen vielmehr zu gleichem Resultat mit Bähr und Windscheid aus dem oben erörterten Grunde, weil dieses Resultat allein dem Zwecke der Anerkennung gerecht wird, so allein der Streit wirklich ausgeschlossen wird.

Bei dieser Auffassung schwinden auch die Schwierigkeiten der Fälle, wo der Verpflichtungsgrund nicht (cautio indiscreta; . . . quod debes . . .) oder nur im allgemeinen (. . . quod ex vendito debes . . .) bezeichnet ist. Denn in dem generellen Schuldbekenntnis sehen wir nicht weniger einen verpflichtenden Akt als in den anderen, und sonach verlangt der Kläger nicht Erfüllung der anerkannten Schuld, welche gleichfalls individualisiert werden müsste, sondern Erfüllung des selbständigen Schuldversprechens, der Anerkenntnisschuld. Man ist sich heute darüber ziemlich einig, dass eine Klage aus derartigen Schuldscheinen geradezu ein dringendes Postulat des Rechtsbewusstseins ebenso wohl wie des Verkehrs ist; es fragt sich nur nach einer theoretischen Begründung, und diese glauben wir in der Anerkennung gefunden zu haben.

Wie stellt sich nun diese Anerkennung, wo nach unserer Ansicht eine neue Obligation erzeugt wird, zur Novation?

Zunächst schliesst die Anerkennung als solche das Fortbestehen der alten Schuld nicht aus, gerade so wenig wie die Stipulation als solche (accessorische Stipulation). Sodann wird man annehmen dürfen, dass eine Novation auch der praktischen Intention der Parteien regelmässig nicht entsprechen wird. Nach unserer obigen Auffassung ist bei ihr die Absicht im allgemeinen gar nicht gerichtet auf Übernahme einer neuen Verpflichtung, sondern lediglich auf Ausschliessung des Streits über die anerkannte Schuld: also auch nicht auf Aufhebung dieser! Es braucht uns hier auch der

Einwurf nicht zu stören, dass ja die Klagen aus beiden Schuldverhältnissen materiell zu einem Anspruch zusammenflössen (Arndts), wie dies auch nicht anders bei einer nicht novatorischen Stipulation, bei den duae obligationes in l. 2. D. cit, der Fall ist. Immerhin bleibt die Möglichkeit, dass die Parteien eine Tilgung der alten Schuld gewollt haben, so dass die Anerkennung hier gleichzeitig Tilgungsgrund ist; und es erhebt sich hier die Frage nach der juristischen Möglichkeit einer Novation.

Es kommt hier in Betracht die weitere Streitfrage, ob der Anerkennungsvertrag ein „formeller" oder ein materieller Vertrag sei. M. E. dürfen wir mit Bähr darin einen „formellen" d. h. abstrakten Vertrag sehen. Wenn Unger dies für die Abrechnung, Rechnungsstellung und die einfache Anerkennung nicht gelten lässt und nur im Wechsel und in den Inhaberpapieren „Literalkontrakte des modernen Rechts" anerkennt, weil in den ersteren Fällen der Wille der Parteien nicht auf Isolierung des Versprechens vor seiner causa gerichtet sei, keine „bewusste und absichtliche Isolierung des Versprechens von seiner causa vorliege", so dünkt uns im Einklang mit unseren obigen Ausführungen die Replik Bährs gerechtfertigt, dass die im Leben handelnden Personen sich doch nicht in juristischen Abstraktionen bewegen; und wir fügen hinzu: es kommt auf den bewusst hierauf gerichteten Willen auch nicht an.

Im Übrigen dürfte der Streit[1]) zum Teil wenigstens ein terminologischer sein, indem diejenigen, die in der Anerkennung einen dispositiven Akt sehen, über das thatsächliche Verhältnis im Wesentlichen nicht uneinig sind. Wir verstehen unter „abstraktem Vertrag" in dem hier gebrauchten Sinne lediglich ein abstraktes (acceptiertes) Schuldversprechen, d. h. ein von seinem Rechtsgrund sich lostrennendes, welches zu einer prozessualischen und einer gewissen materiellen Selbständigkeit sich erhebt, damit aber keineswegs unanfechtbar wird, sondern

[1]) Vgl. zum Folgenden insb. Bähr, „Anerkennung" und Jb. II l. c. einerseits — Unger, „Inhaberpapiere" und Jb. VIII l. c., sowie Arndts „Gesammelte civilistische Schriften", I, S. 317 ff. andererseits.

wegen Mangelhaftigkeit seines Rechtsgrundes einer Anfechtung unterliegt. Nun kann allerdings jene Lostrennung von der causa eine mehr oder minder scharfe, und damit die Selbständigkeit eine mehr oder minder grosse sein, und es ist nicht zu verkennen, dass in Folge dessen eine gewisse Differenz zu finden ist zwischen Wechsel, auch Inhaberschuldscheinen, ferner Delegation, Expromission und überhaupt den Fällen, wo, um mit Bähr zu reden, die Obligation und die aus der causa herzuleitende Anfechtung „personell auseinandertreten“, einerseits, und unserem Anerkennungsvertrag andererseits; indem bei jenen Geschäften der formelle Charakter sich dahin steigert, dass sie von der Anfechtung gar nicht unmittelbar berührt werden, die Anfechtung als ein von der Obligation getrennter Anspruch selbständig ihren Weg geht, nicht aber der Obligation als exceptio inhäriert, während hier — wir haben den regelmässigen Fall vor Augen, wo dieselben Personen das Geschäft eingehen, unter denen die Kausalbeziehung besteht — die formelle Natur sich weniger scharf ausprägt, weil hier die causa trotz der Trennung in einer exceptio stets zur Geltung kommt. Aber diese Differenz ist eine reine Gradesdifferenz, während beide Gruppen von Geschäften zusammentreffen in dem prinzipiellen Gegensatz zu den materiellen Verträgen, etwa einem Kaufgeschäft, bei welchen so wenig eine Trennung des obligatorischen Versprechens von dem Rechtsgrund eintritt, dass dasselbe vielmehr nur in einem ungetrennten Zusammenhang mit demselben Geltung gewinnen kann. Ob man also den Anerkennungsvertrag als einen „formellen“ Vertrag bezeichnet, oder als einen den „formellen“ Verträgen im strengsten Sinne im Wesen gleichstehenden — praktisch ist dies ohne Bedeutung. Will man übrigens jene Unterscheidung machen, so muss man auch die Stipulation zur letzteren Kategorie rechnen, denn gerade ihr, in der Gestalt, wie sie sich im späteren Recht festgestellt hatte, anfechtbar durch condictio und exceptio, steht der Anerkennungsvertrag in dieser formellen (anders in materieller) Beziehung gleich.

Da wir sonach im Anerkennungsvertrag jedenfalls einen abstrakten Vertrag in dem früher ausgeführten Sinne vor uns

haben, so kann er an sich zur Bewirkung einer Novation dienen, was nicht der Fall wäre, wenn er ein wirklich materieller (vgl. o.) Vertrag wäre. Man kann also unterscheiden zwischen einem accessorischen und einem novatorischen Anerkennungsvertrag.

Wie weit aber thatsächlich eine Novation vorliegt, das ist im einzelnen Fall eine quaestio facti. Doch können wir eine Vorstellung, wie weit hier die Novation eingreift, nur gewinnen an der Hand der einzelnen Fälle.

Vorher sei bemerkt, dass der Anerkennungsvertrag häufig nicht nur ein abstrakter Vertrag im obigen Sinne, sondern auch äusserlich genommen ein abstrakt lautendes Versprechen sein wird: in solchen Fällen würde er seinen Platz im folgenden Abschnitt zu finden haben, aber ich ziehe es vor, den „Anerkennungsvertrag" hier im Zusammenhang zu behandeln.

Der wichtigste Fall des Anerkennungsvertrages ist der *Schuldschein*; gerade diesem wird freilich die ihm von uns beigelegte Bedeutung am hartnäckigsten bestritten. Nach unserer Ansicht begründet derselbe eine Obligation; allerdings will der Aussteller keine „neue Obligation gründen" (Arndts) im Sinne einer materiell neuen, er will diese materielle Schuld nur feststellen, dies geschieht aber eben durch eine formell neue Obligation; und zwar ist diese neue Obligation eine abstrakte. Dem Schuldschein können die verschiedensten materiellen causae zu Grunde liegen, und seine Kraft kann nicht aufgehoben werden durch den einfachen Gegenbeweis der Unwahrheit, den Beweis, dass man nicht schuldig gewesen sei, sondern lediglich im Wege der Anfechtung nach den Grundsätzen der condictio sine causa.

Infolge seines abstrakten Charakters aber erscheint der Schuldschein als geeignet, zur Novation zu dienen. Indessen müssen wir daran festhalten, dass durch die abstrakte Natur dieses Geschäfts in keiner Weise eine novierende Wirkung bedingt ist. Deshalb darf man auch aus dem etwaigen Umstand, dass der Schuldschein keine Novation bewirken sollte, kein Argument gegen seinen abstrakten Charakter entnehmen (wie dies z. B. Unger, Inhaberp. S. 100, 4 thut). Und in der That

glauben wir die Behauptung, die wir für den Anerkennungsvertrag im allgemeinen aufgestellt haben, in diesem speziellen Fall entschieden wiederholen zu sollen: dass nämlich regelmässig *keine* Novation bewirkt wird.

Aber auch hier *kann* der Parteiwille darauf gerichtet sein, und in einem Fall dürfte dies sogar als Regel anzunehmen sein: wenn wir oben von Darlehnsschuldscheinen sprachen, so war lediglich an den Fall gedacht, wo die materielle causa in der als geschehen bezeugten Auszahlung der Valuta besteht. Nun kann ein Darlehnsschein aber auch ausgestellt werden im Hinblick auf eine bereits bestehende, anderweitig begründete Schuld; dann tritt das formelle Element sofort mit der Ausstellung zu Tage. Es sind in letzterem Fall aber zwei ganz verschiedene Möglichkeiten auseinander zu halten: entweder wollen die Parteien wirklich, dass dasjenige, was der eine aus sonstigem Schuldgrunde schuldet, er nunmehr als Darlehn behalten soll; diesen Fall haben wir schon früher kennen gelernt als ein Beispiel, wo keine Novation vorliegt, weil hier juristisch zwei Akte sich vollziehen, Bezahlung einer Schuld und Hingabe eines Darlehns, wobei sich die Parteien nur das Hin- und Herzählen des Geldes ersparen. Ebenso häufig und häufiger kommt es aber vor, dass der Schuldner zum Zweck der Anerkennung einer bestehenden Schuld einen „Darlehnsschein“ ausstellt. Es schreibt jemand: ich bekenne hundert Mark als Darlehn empfangen zu haben, um hinsichtlich einer Schuld dieses Umfangs den Streit auszuschliessen, während er ein Darlehn gar nicht empfängt. Hier wird die Absicht dahin gehen, die Schuld auf ein durchaus neues Fundament zu stellen, wie sich dies in der falschen Bezeichnung als Darlehn ausdrückt, und deshalb wird hier der Schuldschein regelmässig eine Novation bewirken, aber gerade deshalb, weil er hier kein wirklicher Darlehnsschuldschein ist. Hier hätten wir also entschieden einen praktischen Fall der Novation! Aber bedürfen wir hier zur rechtlichen Konstruktion des Novationsbegriffes? Würden wir nicht auskommen mit dem Begriff der datio in solutum? An Erfüllungsstatt übernimmt der Schuldner eine neue Verbindlichkeit.

Zuerst von allen Arten des Anerkennungsvertrages hat *die Abrechnung* durch die Kraft der Praxis sich als selbständiger Klagegrund durchgesetzt. Bei der Abrechnung[1]), wie sie bei gegenseitigen Forderungen zwischen zwei Personen vorkommt, werden die einzelnen Forderungen, soweit sie sich decken, kompensiert; die Differenz wird als Schuld des einen gegen den andern festgestellt, sei es, dass der eine diese Summe ausdrücklich zu zahlen verspricht, sei es, dass er diese Summe zu schulden bekennt; nicht in der arithmetischen Operation liegt die bindende Kraft der Abrechnung — kann sie doch ob errorem calculi berichtigt werden — sondern in der Anerkennung: die in dieser Feststellung liegende Anerkennung bildet ein selbständiges Klagefundament; gerade hier wird die Intention darauf gerichtet sein, alle weiteren Erörterungen über die ursprünglichen Schuldgründe und deren Ausgleichung gegeneinander abzuschneiden. So hat denn auch das R. O. Hg. entschieden, dass „die Abrechnung, auch ausserhalb des Kontokurrent-Verhältnisses, einen selbständigen Verpflichtungsgrund bezügl. des Saldos bilde“[2]). Derjenige, welcher gut behalten hat, braucht also im Prozess nicht auf die einzelnen Forderungen zurückzugreifen, sondern die Anerkennung gibt ihm eine formell neue Obligation, welche von den ursprünglichen Forderungsverhältnissen abstrahiert, und aus denselben nur einer Anfechtung unterworfen ist nach den Grundsätzen der condictiones: auch hier also haben wir in unserem Sinne einen abstrakten Vertrag[3]).

Enthält die Abrechnung nun eine Novation? Diese Frage betrifft nur den Schuldrest, denn die einzelnen Forderungen

[1]) Vgl. über die Abrechnung auch Regelsberger „Archiv f. civ. Pr.“ XLVII S. 173 ff.

[2]) „Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts“, herausg. von den Räten des Gerichtshofes. IV. S. 76. — XVI. S. 126.

[3]) Indirekt erkennt auch das Hgsb. art. 294 an, dass nicht ohne weiteres auf die ursprünglichen Schuldposten zurückgegangen werden kann. — R. O. Hg. Erk. v. 25. XI 71: das Ergebnis einer Abrechnung kann mit der blossen Behauptung, dieselbe beruhe auf falschen Annahmen, nicht angefochten werden.

sind, wie wir sahen, compensando untergegangen, diese zur Aufrechnung gekommenen Forderungen (man wird wohl die älteren Forderungen i. d. als wider einander getilgt anzusehen haben, doch hat diese Frage für uns hier keine Bedeutung), können jedenfalls nicht mehr verfolgt werden; soweit sie aber nicht zur Aufrechnung gekommen sind, muss man in dubio wohl annehmen, dass sie fortbestehen, weil man den Untergang der Accessorien, Privilegien et. derselben nicht als in der Absicht der Parteien liegend vermuten darf. Ist eine Forderung durch ein Pfandrecht oder ein Konkursprivilegium ausgezeichnet, so wird die Absicht dahin gehen, dass ihr durch die Anerkennung festgestellter Inhalt in dem Saldo mit fortlebt unter Fortbestand der Accessorien. Regelmässig haben wir also auch hier m. E. keine Novation; es sei denn, dass die Parteien zu erkennen gegeben haben, dass aus den ursprünglichen Forderungen nicht mehr soll geklagt werden *können*, wie dies z. B. durch Rückgabe der Schuldscheine geschehen kann.

Regelmässig wird nun bei der Abrechnung die Absicht bestehen, die Forderungsverhältnisse eines bestimmten, sei es zeitlichen oder sachlichen Gebietes, damit erschöpfend zu umfassen, so dass darin ein Anerkenntnis negativer Richtung liegt, dass nämlich unter den Kontrahenten andere Forderungen als die bei der Abrechnung berücksichtigten, in jenem Gebiete nicht bestehen; (diese negative Anerkennung interessiert uns hier nicht weiter, weil hier eine Novation ja nicht in Frage kommen kann). Speziell kann es sein, dass überhaupt alle irgend wie bestehenden Forderungsverhältnisse damit umfast werden sollen: in dieser Funktion würde also die Abrechnung die Rolle der stipulatio Aquiliana übernehmen, ohne dass es jedoch dabei einer Novation, einer Aufhebung der alten Schuld bedarf, wenngleich gerade bei einer solchen „Hauptabrechnung“ die Absicht öfters auf einen novierenden Effekt gerichtet sein mag.

Einen besonders gearteten und besonders wichtigen Fall der Abrechnung bildet die *kaufmännische Saldoziehung im Kontokurrentverkehr.* Wenn Kaufleute in laufender Rechnung stehen, so wird in gewissen Perioden — nach dem Hgsb.

i. d. jährlich einmal — der Saldo berechnet aus der Differenz der Debet- und Kreditposten, dieser Rechnungsauszug wird dem anderen zur Anerkennung zugesendet; erkennt der andere den Saldo als richtig an, so wird er durch diese Anerkennung verpflichtet, diese Anerkennung bildet einen selbständigen Klagegrund, welcher nur anfechtbar ist durch den Nachweis eines Irrtums oder Betrugs. Man vergleiche R. O. Hg. X. S. 102: der Kontokurrentsaldo und der Betrag ... einzelner Posten der Kontokurrentrechnung bilden dem Schuldgrunde nach verschiedene Arten von Forderungen; dass eine Bestreitung dieser Anerkennung nur condictione indebiti möglich ist, ist anerkannt bei R. O. Hg. III, S. 423 & XI. S. 276.

Ob diese Anerkennung des Kontokurrentsaldos novatorische Wirkung habe, ist auch hier zunächst Willensfrage. Aber die Frage: was ist in dubio anzunehmen, glaube ich hier im umgekehrten Sinne als in den vorigen Fällen beantworten zu dürfen: die Absicht wird hier regelmässig darauf gerichtet sein, die einzelnen Forderungen, welche als Posten im Kontokurrent erscheinen, aufzuheben, und an ihre Stelle ausschliesslich die im Saldo ausgedrückte Forderung zu setzen; die Absicht, tabula rasa zu machen, scheint mir hier unverkennbar. Auch erhält man den Saldo hier durch Kompensation der beiden *Massen*, so dass hier nicht einzelne Forderungen gegen einander aufgehoben werden, während andere bestehen bleiben, sondern alle Forderungen werden in gleicher Weise von der Kompensation berührt, und deshalb setzt sich der Saldo nicht zusammen aus den ungetilgt bleibenden Forderungen, sondern er ist die Differenz der beiden Massen, so dass schwer zu sagen wäre, welche der einzelnen Forderungen in dem Saldo erhalten sein sollten. Als noviert sind danach anzusehen nicht die einzelnen Forderungen, sondern eben diese Restschuld, die Differenz[1]).

So wird denn auch in der Praxis in diesem Falle der Anerkennung eine Novation gesehen: R. O. Hg. II, 139 führt aus, dass sich gerade in der konsumierenden Kraft die recht-

---

[1]) Damit erledigt sich wohl Rger. Entsch. XVIII, S. 248.

liche Bedeutung des Kontokurrentverhältnisses manifestiere. — Was hätte auch die ganze Saldierung für eine praktische Bedeutung, wenn die Parteien auf die einzelnen Posten und die ihnen inhärierenden, vielleicht verwickelten Verhältnisse zurückgreifen könnten? Sonach erscheint der für die neue Rechnung vorgetragene Saldo nicht als eine rechnungsmässige Zusammenfassung der früheren Kreditposten, sondern als ein neuer Kredit. Vgl. R. O. Hg. II, 443: die Saldobeträge werden als ‚neuer Stamm' in der Rechnung fortgeführt — R. O. Hg. II, 137, 220; XVI, 306: die einzelnen Forderungen können als selbständige nicht geltend gemacht werden — R. O. Hg. IX, 216: in Folge Anerkennung des Saldo verlieren die Rechtsverhältnisse aus den einzelnen betreffenden Geschäften ihre selbständige Bedeutung — R. O. Hg. XI, 276: der anerkannte Saldo ist die alleinige und selbständige Forderung oder Schuld: wird der Saldo nicht berichtigt, sondern in der neuen Abschlussrechnung vorgetragen, so bildet er einen für sich bestehenden,... unabhängigen Rechnungsposten; . . . an die Stelle der einzelnen Positionen ist in dem Saldo eine andere, auf für sich bestehendem Fundamente beruhende Forderung getreten — Rger. III, 18: das einzelnen Posten anklebende Privilegium geht auch in Höhe dieser Posten auf den Saldo nicht über — XVIII, 247: findet eine Novation in „der Übertragung eines anerkannten Saldos auf neue Rechnung" im Kontokurrentverkehr; „der frühere Saldo als selbständige Forderung ist damit untergegangen".

Aber auch in dieser Anwendung ist der Novationsbegriff nicht unentbehrlich: der eine Teil erhält für seine ursprüngliche Forderung eine neue Forderung, ein Erfüllungsäquivalent[1]; auch hier können wir wohl eine datio in solutum annehmen.

Übrigens ergibt sich beim Kontokurrentverhältnis noch eine zweite Möglichkeit der Novation: manche[2]) behaupten,

---

[1]) Vgl. auch R. O. Hg. XI, 276: das Anerkenntnis eines Saldo hat in Betreff derjenigen Forderungen, aus deren Vergleichung mit den Debetposten derselbe hervorgegangen ist, die Wirkungen der Zahlung.

[2]) Vgl. insbes. die französische Litteratur, so Boistel, précis de droit commercial, p. 610.

durch die blosse Einstellung in den Kontokurrentnexus werde stets eine Novation erzeugt, es würden von vorneherein alle in Folge der Geschäftsverbindung wechselseitig entstehenden künftigen Forderungen für den Fall ihres Entstehens so noviert, dass nur der Saldo zahlbar sei, welcher in den (ausdrücklich oder usancemässig) fixierten Perioden nach Abzug der Passiva sich ergebe. Aber diese Eintragung in das Kontokurrent bewirkt m. E. an sich keine Novation, sondern verfolgt lediglich den Zweck, die Rechtsverhältnisse zu konstatieren; ob also Novation vorliegt, ist wiederum quaestio facti.

Es kann nun aber auch im Gegensatz zu allen bisher besprochenen Fällen ein neues Versprechen gegeben werden, welches von der bestehenden Schuld *in seinem Inhalt abweicht*. Für solche Fälle glauben wir den Novationsbegriff ganz verwerfen zu dürfen. Dass in solchen Fällen im römischen Recht eine Novation notwendig war, erklärt sich lediglich aus der Enge des römischen Kontraktssystems, aus dem schon öfters erwähnten Grundsatz des ‚nudum pactum obligationem non parit'. Anerkannte man auch allgemach die bei einem bonae fidei negotium in continenti abgeschlossenen Pakta als mit der Kontraktsklage einklagbar an (bonae fidei judiciis pacta adjecta insunt), so entschloss man sich doch nicht, diesen Grundsatz auszudehnen auf ein hinterdrein geschlossenes, modifizierendes pactum, und bei stricti iuris negotia konnte sich dieser Gedanke überhaupt keine Geltung verschaffen. Unser Recht kennt diese Schwierigkeiten nicht; ob gleichzeitig oder nachträglich abgeschlossen, bei einem Vertrag, welcher Art auch immer, ist das pactum vollwirksam und klagbar. Können aber sonach die Parteien auf geradem Weg ihr Ziel: Abänderung, erreichen, so werden sie nicht mehr den Umweg der Aufhebung und Neubegründung einschlagen; es wird nicht eine neue Obligation geschaffen, sondern es wird lediglich die bestehende Obligation vertragsmässig verändert; die Obligation lebt als solche, nur in etwas veränderter Gestalt, weiter.

Der Inhalt der neuen Obligation weicht von demjenigen der alten ab.

Nachdem wir Skontration und die verschiedenen überhaupt in Betracht kommenden Fälle des Anerkennungsvertrages im Vorigen erledigt haben, bleibt uns in derjenigen Kategorie,

b) Das neue Versprechen lautet abstrakt.

welche der abstrakt lautenden Stipulation entsprechen würde, nur die Betrachtung des Wechsels übrig. Die Möglichkeit einer Novation durch abstrakt lautende kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine des art. 301 Hgsb., sowie andere Möglichkeiten einer abstrakten Verpflichtung[1]) glaube ich bei Seite lassen zu dürfen, weil sie sich mit dem hier Gesagten erledigen. Im Wechsel aber haben wir noch die Hauptposition zu bewältigen, welche die Novation im heutigen Recht in Anspruch nimmt. Welche Wirkung hat die Ausstellung, das Accept, das Giro eines Wechsels auf das zu Grunde liegende civile Forderungsverhältnis?[2]) Es scheint mir hier zunächst unrichtig, wenn man die Frage, ob hier Novation vorliege, generell beantworten will, sei es mit ja, sei es mit nein. Dass die Antwort keine schlechthin bejahende sein kann, ergibt sich schon daraus, dass die Absicht keineswegs immer auf Tilgung der alten Schuld geht, vielmehr kann dieselbe auch darauf gerichtet sein, dass der Wechsel accessorisch zur Sicherheit neben die Civilschuld trete, und es kann dies nicht nur die Absicht sein, sondern sie ist es fast immer, wenigstens im bürgerlichen Verkehr, wenn ein Wechsel von Privaten ausgestellt wird: ich erinnere an die sog. Depotwechsel. In solchen Fällen bestehen beide Obligationen alternativ nebeneinander, der Gläubiger hat die Wahl, wird aber der Wechsel honoriert, so ist er befriedigt, und gegen Zahlung der Civilschuld muss er dem Schuldner den Wechsel zurückgeben[3]).

Wenn aber die Absicht auf Tilgung der alten Schuld gestellt ist, und speziell im kaufmännischen Verkehr soll regel-

[1]) Erwähnt sei, dass das Ges. v. 5. V. 72. bezüglich der Bewilligung der Errichtung einer Grundschuld ausdrücklich anerkannt hat, dass regelmässig die zu Grunde liegende Verbindlichkeit neben ihr fortbesteht (§ 52, 2).

[2]) Vgl. zum Folgenden insb. Schauberg, „Zeitschr. für das ges. Handelsrecht", XI, S. 193—296. — Kuntze, „Deutsches Wechselrecht", S. 72 ff. — Hellmann, l. c.

[3]) Man vgl. hierzu den Fall bei R. O. Hg. IX, 256, wo entschieden ist, dass die Ausstellung des Wechsels hier überhaupt nur die Sicherung des Gläubigers zum Zweck hatte unter Aufrechterhaltung der ursprünglichen Verpflichtung.

mässig die alte Schuld durch den Wechsel erledigt werden, dann kann wieder die Intention dahin gehen, dass die alte Schuld nicht schon durch die Begebung des Wechsels, sondern erst durch die Erfüllung der Wechselobligation untergehen soll; man sagt hier, der Wechsel wird dem Gläubiger ‚zahlungshalber‘ gegeben, d. h. zum Zweck der Einziehung des Betrages von einem Dritten. Hier ist die Geltendmachung der civilen Schuld suspendiert, bis es sich entscheidet, ob die Wechselobligation erfüllt wird oder nicht; der Gläubiger aber ist hier sorgfältigen Einziehung verpflichtet, versäumt er die wechselrechtlichen Sollennitäten, von denen die Geltendmachung des Wechselrechts abhängt, oder stellt er die Wechselklage nicht innerhalb der Verjährungsfrist an, so kommt er nicht nur um seine Wechselforderung, sondern auch um die Civilforderung; wenn er aber, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, aus dem Wechsel keine Befriedigung erlangt, so kann er auf die Civilforderung mit ihren ev. Pfändern, Bürgschaft, längerer Verjährungszeit zurückgreifen[1]).

Nur wenn wirklich die alte Schuld sofort durch die Wechselbegebung getilgt werden soll, kommt eine Novation überhaupt in Frage. Wenn wir nun auch die Ansicht, wonach eine ‚ausdrückliche‘ Willenserklärung notwendig sei, und welche deshalb die Novation durch Wechsel leugnet (Siebenhaar, Günther), verwerfen — überdies könnte ja eine solche gegeben werden — so müssen wir doch andererseits verlangen, dass die Absicht sofortiger Tilgung bestimmt hervortritt, sei es in einem ausdrücklichen pactum de cambiando, sei es konkludenterweise in den begleitenden Umständen. Die Novationsabsicht kann sich ausdrücken in Formeln wie „durch Accept beglichen“[2]) — „Betrag mit Accept dankend erhalten“ — „geordnet mit Accept“[3]).

---

[1]) Das Berl. Obertrib. hat durchgehends den Grundsatz verfolgt, dass regelmässig der Wechsel nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zahlungshalber gegeben werde, damit sich der Gläubiger daraus bezahlt mache. Vgl. IX, 331 — LII, 126 — LXII, 168 — LXXI, 81.

[2]) Arch. f. Wlr. IX, S. 319.

[3]) R. O. Hg. Entsch. v. 11. XI. 70.

Wo eine solche Absicht vorliegt, da nehmen wir nicht Anstand, zu erklären, dass man in der That eine Novation annehmen kann. Freilich ist der Wechsel kein vollständiges Analogen der Stipulation, wozu man ihn wohl stempeln wollte (Gelpke), aber jedenfalls haben wir in ihm eine abstrakte Verpflichtung, bei welcher die Abstrahierung sogar eine besonders scharfe ist. Betreffend den Einwand, der Wechsel sei zur Novation ungeeignet, verweisen wir auf unsere früheren Ausführungen, wonach auch im römischen Recht eine novierende Stipulation ohne Beziehung auf die zu novierende Schuld möglich war, wie sich dies insbesondere aus der citirten l. 4. D. 22, 1 Papinians ergibt.

Wird eine Darlehnsschuld durch Hingabe eines Wechsels getilgt? Diese Frage entscheidet das R. O. Hg. IV, 371 dahin, dass eine Tilgung nur anzunehmen sei, „wenn eine Novation oder eine Hingabe an Zahlungsstatt erweislich intendiert“ sei; aus dem Ausdruck einer Urkunde „zur Tilgung der Darlehnssumme seien Wechsel ausgestellt“, sei diese Absicht noch nicht mit Notwendigkeit zu entnehmen, vielmehr sei im vorliegenden Fall die Intention lediglich, dass der Gläubiger zunächst aus dem Wechsel Befriedigung suche[1]). Und in R. O. Hg. IX, 256 ist allgemein ausgesprochen, dass „einem wechselrechtlichen Akt die Natur und Wirkung der Novation in Ansehung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes nicht zu attribuieren sei, wenn nicht eine hierauf gerichtete Absicht der Kontrahenten konstiere, und die Begebung eines Wechsels auch nicht schlechthin als datio in solutum wirke“[2])[3]).

Für unsere obige Auffassung spricht auch der im kaufmännischen Verkehr herrschende Gebrauch, den für eine Schuld des Wechselverpflichteten empfangenen Wechsel zwar

---

[1]) Ähnlich R. O. Hg. XI, 216.

[2]) Vgl. auch R. O. Hg. VII, 44.

[3]) Ich mache darauf aufmerksam, dass in den bezügl. Entscheidungen der Praxis fast überall Novation und datio in solutum unterscheidungslos nebeneinander gestellt werden gewissermassen zur Auswahl.

als Zahlung zu buchen, aber nur provisorisch, nämlich unter der Bedingung einer regresslosen Einlösung desselben[1]).

Als ein besonderer Fall sei noch erwähnt die Ausstellung eines Prolongationswechsels. Liegt hier Novation vor? Mit Recht entscheidet wohl Rger. IX, S. 64, dass es quaestio facti ist, ob durch die Ausstellung eines neuen, gleichlautenden Wechsels mit verändertem Fälligkeitstermin bei Verfall eines früher ausgestellten und acceptierten Wechsels nur die Zahlungsfrist hat verlängert, oder das bestehende Schuldverhältnis hat noviert werden sollen; auch hier wird übrigens verlangt, dass die Novationsabsicht ‚deutlich' erkennbar sei.

c) Charakterisierung als datio in solutum.

Eine andere Frage aber als die, ob man den einmal vorhandenen Begriff der Novation auf dieses hochmoderne Institut theoretisch anwenden kann, ist diejenige nach dem praktischen Bedürfnis, selbst abgesehen von dem Umstande, dass die reinen Novationsgrundsätze doch nur modifiziert durch die eigentümlichen wechselrechtlichen Grundsätze hier zur Erscheinung kommen könnten. Und dieselbe Frage erhebt sich hinsichtlich der früher betrachteten Fälle, wo wir die Auffassung als Novation als möglich anerkannten; wir beschäftigen uns im Folgenden ex professo nur mit dem Wechsel, als demjenigen Fall, wo (neben der Saldoziehung im Kontokurrentenverkehr) am häufigsten eine Novation in Frage kommt, und insbesondere als demjenigen Fall, für den auch von solchen, welche im übrigen die praktische Geltung der Novation verneinen, eine solche vielfach angenommen wird. (Vgl. o.)

Können wir die einschlägigen Fälle nicht einfach der datio in solutum subsumieren?

Dieser Auffassung wird freilich vielfach entgegengehalten, dass zwischen der datio in solutum und der Novation eine erhebliche praktische Differenz bestehe, und dass diese Differenz vor jener ‚Vermengung verschiedener Begriffe' bewahren solle: bei der Auffassung als datio in solutum werde der Schuldner seiner Einreden beraubt, während bei der Novation die Einreden (regelmässig) gewahrt blieben; meist wird als

[1]) Vgl. R. O. Hg. III, 145.

Beispiel der unglücklichen Konsequenzen jener angeblich unrichtigen Auffassung der Fall der Spielschuld angeführt (Dernburg S. 161, Hellmann S. 67): werde eine solche noviert, so bleibe dem Schuldner die Einrede, dass eine Spielschuld (also eine unklagbare und unerzwingbare Schuld) vorliege; nehme man aber eine datio in solutum an, so sei die Sache erledigt und der Schuldner hülflos.

Allerdings ist die Lehre, dass bei einer Novation einer Spielschuld die Einrede gegen dieselbe gewahrt bleibe, nicht unbestritten; so behauptet das Gegenteil Hruza (S. 107): nur solche Einreden gingen auf die neue Obligation über, welche an der „Schuld", nicht dagegen solche, welche an dem „Entstehungsgrund" hafteten; er folgert dies aus seinem „Translations"begriff und aus der „Natur der Sache". Diese Unterscheidung dünkt uns aber willkürlich, und ihr Resultat der ratio legis nicht entsprechend, wonach der Forderung aus Spiel die Klage versagt ist. Wir können Hruzas Argumentation also nicht zur Stütze unserer Auffassung gebrauchen. Auch Schaubergs Verteidigung der datio in solutum scheint uns keine glückliche zu sein: seine Behandlung dürfte darunter leiden, dass das dingliche Element zu sehr in den Vordergrund geschoben wird; sodann adoptiert er vollständig Salpius' Lehre, führt z. B. gegen die Novation durch Wechsel den Mangel des agnitorischen Charakters an, ohne seinerseits den Beweis zu versuchen, dass wirklich der agnitorische Charakter der neuen Obligation Erfordernis der Novation gewesen sei[1]).

Im Gegensatz zu den letzteren Schriftstellern schliessen wir uns also der oben erwähnten Ansicht an: wenn eine Spielschuld durch Wechsel noviert wird, so bleibt die neue

[1]) Die mannigfachen Unterscheidungsversuche, die man hinsichtlich der überhaupt in Betracht kommenden Fälle gemacht hat, so die Unterscheidung zwischen Eigenwechsel und Accept einerseits: Novation; Tratte, Indossament andererseits: datio in solutum (Römer, „Leistung an Zahlungsstatt", 106); oder zwischen Eigenwechsel einerseits: adjecticiae qualitatis, Tratte, Accept, Giro andererseits: privativae qualitatis, et. scheinen mir wenig einleuchtend, ich kann mich hier aber auf dieselben nicht einlassen. Das Indossament als Novation zu er-

Forderung — vorausgesetzt, dass der Wechsel nicht in dritte Hand gekommen ist — als aus einem Spiel erwachsen anfechtbar, gemäss art. 82 Abs. 2 d. Wl. O.

Ist nun damit die Auffassung als datio in solutum aufgegeben? Man geht in dieser Frage, wie mir scheint, häufig von demjenigen aus, was man erst beweisen will oder doch beweisen sollte, und wenn man einmal einen bestimmten Begriff festgestellt hat, unter welchen gewisse Fälle nicht passen, so ist es nicht schwer, an der Hand dieses Begriffes nachzuweisen, dass diese Fälle etwas dem Begriff ganz fremdes sind. Man unterscheidet meist[1]) — vgl. vor allem Hellmann a. a. O. — Tilgung einer Obligation durch Konstituierung einer neuen Forderung: Novation; Tilgung einer Obligation durch Übergabe einer Sache oder Übertragung einer Forderung: datio in solutum. In letzterem Fall könne der Schuldner keine Einreden aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis mehr entnehmen: zweifellos; ist die Sache dem Gläubiger tradiert, ist die Forderung dem Gläubiger cediert, und es stellt sich jetzt heraus, dass die vermeintliche Schuld gar nicht existierte oder dass ihr eine exceptio (perpetua) entgegenstand, so ist der Schuldner angewiesen auf eine condictio

klären (Kuntze), geht aber wohl nicht an. Um die für die Novation erforderliche Mitwirkung des Schuldners zu konstruieren, muss diese Theorie zu der Fiktion greifen, dass der Remittent für den Acceptanten zu handeln bevollmächtigt sei. Diese Vollmacht müsste dann aber bei jedem Indossament weiter übertragen werden; ferner wird eine Erklärung für den Acceptanten gar nicht abgegeben, und ein Wechsel kann auch indossiert werden, ehe er acceptiert ist.

[1]) Anders Windscheid; wenn Windscheid aber bereits im römischen Recht die Anerkennung einer datio in solutum durch Konstituierung einer Forderung finden will — eine Behauptung, die freilich unbewiesen ist — so müsste er m. E. für das heutige Recht entschieden den Charakter als datio in solutum vertreten, statt den rechtlichen Charakter im heutigen Recht ganz dahingestellt sein zu lassen: er „möchte über die Frage nicht absprechen, ob nicht... der Grund fehle, ein Geschäft... unter irgend eine andere Kategorie zu stellen, als unter die der Leistung an Erfüllungsstatt"; und S. 339: ... es wird für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel ausgestellt, „wenn das überhaupt Novation ist".

(indebiti); von einer exceptio ist keine Rede. „Ganz anders bei der Novation!" Hier kann der Schuldner den Mangel der Schuld durch eine exceptio zur Geltung bringen. Und ein weiterer angeblich wesentlicher Unterschied: wenn eine Frau in solutum dat, so kommt ihr das sc. Velleianum nicht zu statten: wohl aber geniesst sie den Schutz des Gesetzes, wenn sie noviert.

In dem Ausdruck ‚datio' in solutum kann man keinen Grenzbaum aufrichten, mittelst desselben keinen Gegensatz feststellen: steht derselbe hier doch nicht im technischen Sinne, wie ja alle diejenigen anerkennen, die unter demselben auch die Übertragung einer Forderung verstehen; kaum haltbar dürfte die Behauptung Hellmanns (S. 55) sein: die Überweisung eines bestehenden Forderungsrechtes könne „Leistung an Zahlungsstatt" genannt werden, nie aber könne der Akt, durch den der Schuldner dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegen sich selbst begründe, ‚datio' in solutum genannt werden „Leistung an Erfüllungsstatt" ist doch wohl dasselbe wie „datio in solutum", und wenn dasselbe sonach anerkannterweise nicht im strengen Sinn gebraucht wird, so kann man auch den letzteren Fall darunter bringen.

Wenn aber in jenen ersteren Fällen der Schuldner keine exceptio hat, ist dies ein Kriterium der datio in solutum? Wo steht geschrieben, oder wie kann man beweisen, dass der Ausschluss einer jeden exceptio zum Wesen der datio in solutum gehört? Ist derselbe wirklich eine Konsequenz des Begriffs der datio in solutum, und nicht vielmehr eine Konsequenz der Art und Weise, wie sich hier die datio in solutum vollzieht, des Mittels, der Modalität derselben? Sollte es sich, statt um einen begrifflichen Gegensatz von datio in solutum und Novation, nicht vielmehr um den Gegensatz von dare — in dem von Hellmann gebrauchten Sinne, wo es auch die Übertragung einer Forderung umfasst — und promittere handeln? Und dasselbe gilt von der verschiedenen, rechtlichen Bedeutung der Handlungen einer Frau mit Rücksicht auf das sc. Velleianum.

Kann man aber nicht im Bewusstsein und mit Aufrechterhaltung der in gewissen Punkten vorhandenen Differenz auch das promittere mit den anderen Fällen unter einem einheitlichen

Begriff vereinigen? Bestehen doch auch zwischen den beiden, von Hellmann unter ‚datio‘ in solutum zusammengefassten Fällen gewisse Besonderheiten, so bei Übertragung einer Forderung die Haftung für veritas nominis. Mag man immerhin die datio in solutum im weiteren Sinn teilen in eine ‚datio‘ in solutum im engeren Sinn und eine ‚promissio‘ in solutum, um von vorneherein darauf hinzuweisen, dass dieselben nicht durchweg übereinstimmen, wenn man sich nur der prinzipiellen Übereinstimmung bewusst wird. Aber diese prinzipielle Übereinstimmung ist vorhanden, und wenn man bewussterweise differierende Fälle einem gemeinsamen Begriff subsumiert, so *muss* das, was sie eint, worin sie sich gleich stehen, um vieles stärker sein, als was sie trennt. Gerade dies ist aber hier der Fall: sie stimmen darin überein, dass der Gläubiger befriedigt wird, indem er mit seinem Willen, statt dessen, was ihm eigentlich geschuldet wird, etwas anderes erhält; und die Übertragung einer bestehenden und die Konstituierung einer neuen Forderung speziell sind beides: Abfindung eines Gläubigers mit einer Forderung statt des ihm eigentlich Geschuldeten.

Unsere Auffassung wird bestätigt durch den „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches“. Nach diesem soll das auf Grund von Spiel und Wette „Geleistete“ nicht zurückgefordert werden können; „ist aber über eine Spielschuld oder eine Wettschuld ein Schuldversprechen erteilt, so kann der Schuldner die Erfüllung der aus dem Versprechen sich ergebenden Verpflichtung verweigern oder Befreiung von der letzteren verlangen“ (§ 664). Ein solches „Schuldversprechen“ kann aber nach dem Entwurf zweifellos eine datio in solutum sein (vgl. § 264 und unten); darin hat man aber kein Hindernis gesehen, nicht nur condictio, sondern auch exceptio zuzulassen, was in anderen Fällen einer datio in solutum (Übergabe einer Sache, Übertragung einer Forderung) doch nicht der Fall ist!

Wir erkennen sonach zwar die Berechtigung an, in Begebung eines Wechsels für eine bestehende Schuld mit der Absicht sofortiger Tilgung der letzteren, ebenso wie in den früheren Fällen, eine Novation zu sehen; hier wie dort aber erachten wir den Novationsbegriff für entbehrlich: wir können ihn aus-

scheiden, ohne dass sich eine Lücke in unserem Rechtssystem fühlbar machen würde; wir würden einfach sagen: wir haben hier eine datio in solutum.

Es sei schliesslich bei dieser Gelegenheit auf die bezeichnende Thatsache hingewiesen, dass — abgesehen von der häufig berührten Frage des Kontokurrentverhältnisses — die Novation in den Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. I — XXVI) m. W. nur fünf mal in Frage kommt (IX, S. 65. — XIV, S. 210. — XVIII, S. 331. — XVIII S. 9. XX, S. 348.), und diese Fälle betreffen zum Teil lediglich das französische Recht (XVIII, S. 331. — XX, S. 348).

Schluss. Welche Stellung nimmt der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches“ zu unserer Frage ein?[1]) Wir sind davon ausgegangen, dass jedenfalls das Wort und scheinbar auch der Begriff der Novation sich in ihm nicht finden. Nachdem wir die Novation — d. h. die novatio simplex, von der hier allein die Rede ist — in ihrer jüngeren Gestalt als datio in solutum charakterisieren zu können glaubten, sind wir dadurch veranlasst, in dem Abschnitt über datio in solutum nach unserer ‚Novation‘ zu suchen, und in der That werden wir nicht vergeblich suchen: § 264, nachdem er die datio in solutum im allgemeinen geregelt hat:

> „das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger statt der dem Schuldner obliegenden Leistung eine andere Leistung an Erfüllungsstatt annimmt“,

besagt:

> „es erlischt insbesondere auch dann, wenn der Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger eine neue Verbindlichkeit gegen diesen an Erfüllungsstatt übernimmt.“

Nach unserer Auffassung ist diese Bestimmung des Entwurfes der konsequente Abschluss der Entwickelung: der Sache nach ist die Novation bereits im justinianischen Recht eine datio in solutum; für uns hat es keinen Sinn mehr, diese spezielle

---

[1]) „Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.“ Bd. II. — Gebhart „Gutachten aus dem Anwaltstand“, Heft 4.

Art der datio in solutum unter einem besonderen Namen zu begreifen und als ein selbständiges Institut neben der datio in solutum hergehen zu lassen. In der datio in solutum verschwindet also die novatio simplex.

Tritt ein neuer Gläubiger ein, so liegt regelmässig Cession, bei einem neuen Schuldner die vom Entwurf anerkannte Singularsuccession in die Schuld, eine ‚Schuldübernahme‘ vor. Freilich wird hiermit dem Bedürfnis nicht vollkommen genügt; aber der Realisierung einer abweichenden Parteiabsicht steht ja nichts im Wege. Wie beliebige andere Modifikationen und Besonderheiten, mit der Grenze der Erlaubtheit des Inhalts, so können die Parteien auch die Novationswirkungen rechtswirksam ausmachen. Deshalb hat es aber auch keinen Sinn, die ‚Novation‘, von welcher man in letzteren Fällen noch reden kann, als ein besonderes Institut beizubehalten. Weil aber der Wille der Parteien beliebig modifizierend wirken kann, er also im konkreten Falle das entscheidende Moment bildet, ist der Abs. 3 des § 264 wohl *nicht* zu billigen:

„im Zweifel ist *nicht* anzunehmen, dass die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen sei“;

mit dieser Bestimmung ist die c. 8. C. h. t. nicht sowohl wiederholt, was offenbar der Gedanke war, sondern weit überholt: jene beseitigt nur die Präsumtionen für den animus novandi, es soll in dubio nicht mehr *für* Novation entschieden werden; damit war die Entscheidung aber in die konkreten Umstände und die daraus geschöpfte Überzeugung des Richters gelegt; mit der Bestimmung des Entwurfes würde aber eine gesetzliche Vermutung *gegen* die Tilgung der alten Schuld gegeben sein, was innerlich kaum gerechtfertigt sein dürfte. Übrigens würde die Praxis in den Fällen, in denen die konkreten Umstände nichts an die Hand geben, auch ohne gesetzliche Bestimmung sich nach allgemeinen Grundsätzen *gegen* die weitere Wirkung erklären; die gesetzliche Regelung ist also zum Mindesten *überflüssig*.

Fassen wir unser Urteil zusammen: entwachsen spezifisch römischen Anschauungen und römischen Bedürfnissen, ist die

Novation eng verwachsen mit dem römischen Kontraktssysteme, dem römischen Formalismus, der Bedeutung der römischen stipulatio. Uns überkommen durch die Rezeption des römischen Rechts, als ein Begriff, zu dem wir von uns aus auf einheimischem Boden wohl niemals gekommen wären, muss ihre theoretische Geltung für das heutige gemeine Recht nicht nur aufrechterhalten werden, sondern bei ihrer weit umgreifenden Anwendung lassen sich auch Fälle und Kategorien von Fällen nachweisen, in denen ihr eine fortdauernde Existenz gerettet werden kann. Aber wir bedürfen ihrer nicht; auf dem weiten Gebiet, wo der eine Begriff einstmals weitumfassend herrschte, haben sich bei der vielgestaltigen Mannigfaltigkeit gesteigerter Verkehrsbedürfnisse zahlreiche Institute entwickelt, welche von allen Seiten anrückend, immer mehr dem ursprünglichen Herrscher das Terrain entrissen, und welche auch da, wo sie nicht unbestritten Sieger sind, doch als vollwertiger Ersatz anerkannt werden können.

Und unter dem Zeichen des freien Gestaltungsrechtes des Privatwillens stehend, wonach der Wille schöpferisch von Tag zu Tag neue Gebilde ins Leben rufen kann, ist das Rechtsleben nicht zu erschöpfen mit einer Zahl, selbst einer Vielzahl bestimmter Rechtsbegriffe mit abgesteckten Grenzen, sondern zwischen den einzelnen, durch Gesetzeswort normierten Grund- und Hauptbegriffen, als den Grenzsteinen, bewegen sich die Gestaltungen des konkreten Parteiwillens; jene sind die Säulen, um welche sich in unendlicher Vielheit die mannigfaltigen Produkte des konkreten Beliebens der Parteien ranken.

Druck d. Str. N. N., vorm. H. L. Kayser.





